



Revista de Direito da ADVOCEF

*Associação Nacional dos Advogados
da Caixa Econômica Federal*

Advocef

Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal

SBS, Quadra 2, Bloco Q, Lote 3, Salas 510 e 511

Edifício João Carlos Saad, CEP 70070-120

Fones (61) 3224-3020 e 0800-6013020

www.advocef.org.br

revista@advocef.org.br

Revista de Direito da ADVOCEF. Porto Alegre, ADVOCEF, v.1, n.25, 2017

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*

Preparadora de Originais na língua portuguesa: *Simone Diefenbach Borges*

Tiragem: *2.000 exemplares*

Periodicidade: *semestral*

Impressão: *Athalaia Gráfica e Editora*

Solicita-se Permuta

DIRETORIA EXECUTIVA DA ADVOCEF

Presidente

Álvaro Sérgio Weiler Júnior (Porto Alegre/RS)

Vice-Presidente

Marcelo Dutra Victor (Belo Horizonte/MG)

1ª Tesoureira

Roberta Mariana Barros de Aguiar Corrêa (Porto Alegre/RS)

2º Tesoureiro

Duílio José Sánchez Oliveira (São José dos Campos/SP)

1º Secretário

Magdiel Jeus Gomes Araújo (João Pessoa/PB)

2º Secretário

Justiniano Dias da Silva Júnior (Recife/PE)

Diretor de Relacionamento Institucional

Carlos Alberto Regueira Castro e Silva (Recife/PE)

Diretor de Comunicação Social e Eventos

Henrique Chagas (Presidente Prudente/SP)

Diretor de Honorários

Marcelo Quevedo do Amaral (Novo Hamburgo/RS)

Diretora de Negociação Coletiva

Anna Claudia de Vasconcellos (Florianópolis/SC)

Diretor de Prerrogativas

Marcos Nogueira Barcellos (Rio de Janeiro/RJ)

Diretor Jurídico

Renato Luiz Harmi Hino (Curitiba/PR)

Diretor Social

José de Anchieta Bandeira Moreira Filho (Belém/PA)

CONSELHO EXECUTIVO DA REVISTA

Álvaro Sérgio Weiler Júnior

Henrique Chagas

Roberto Maia

CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA

Alaim Giovani Fortes Stefanello

Doutor em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas - UEA/AM.

Antonio Carlos Ferreira

Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Ex-Diretor Jurídico da Caixa Econômica Federal. Ex-Presidente da Escola de Advocacia da CAIXA.

Bruno Queiroz Oliveira

Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará - UFC. Presidente do Conselho Editorial.

Cacilda Lopes dos Santos

Doutora em Direito Urbanístico pela Universidade de São Paulo - USP. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP.

Carolina Reis Jatobá Coêlho

Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Pós-graduada lato sensu em Direito Constitucional pelo IDP e em Ordem Jurídica e Ministério Público pela FESMP/DF.

Clarissa Bueno Wandscheer

Doutora em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Direito Econômico e Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professora da Universidade Positivo. Integrante do Centro de Pesquisa Jurídica e Social - CPJUS. Membro do Núcleo de Pesquisa sobre Sustentabilidade, Responsabilidade e Novos Modelos Econômicos (UP). Membro do Grupo de Pesquisa Meio Ambiente: Sociedades Tradicionais e Sociedade Hegemônica (PUC/PR).

Cláudio Gonçalves Marques

Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade de Brasília e em Direito de Empresa pela Fundação Getúlio Vargas. Professor de Direito Empresarial concursado na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/IMG.

Davi Duarte

Especialista em Direito Público pelo Centro de Estudos Fortium/ Faculdade Projeção/DF.

Iliane Rosa Pagliarini

Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense - UNIPAR. Especialista em Direito Tributário pela Universidade da Amazônia. Membro da Comissão da Advocacia Pública da OAB/PR.

João Pedro Silvestrin

Desembargador Federal do Trabalho no TRT da 4ª Região, Especialista em Direito e Economia pela Fundação Getúlio Vargas - FGV e Especialista em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdenciário pela Universidade de Santa Cruz do Sul/RS - UNISC.

Juarez de Freitas

Pós-doutorado em Direito na Università degli Studi di Milano. Doutor em Direito e Mestre em Filosofia. Presidente do Conselho Editorial da Revista Interesse Público. Co-Diretor de Tese na Universidade Paris II. Presidente do Instituto Brasileiro de Altos Estudos de Direito Público. Membro nato do Conselho do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo. Presidente do Instituto de Direito Administrativo do Rio Grande do Sul. Pesquisador com ênfase nas áreas de Interpretação Constitucional e Direito Administrativo. Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Mestrado e Doutorado) e da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Autor de várias obras jurídicas. Advogado, Consultor e Parecerista.

Kátia Aparecida Mangone

Doutora e Mestre em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP.

Lucia Elena Arantes Ferreira Bastos

Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo - USP e Pós-doutorada pelo Núcleo de Estudos da Violência - NEVI/USP. Mestre em Programa de Pós-Graduação em Integração da América pela Universidade de São Paulo - USP.

Luiz Guilherme Pennacchi Dellore

Doutor e Mestre em Processo Civil pela Universidade de São Paulo - USP e Mestre em Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP.

Manuel Munhoz Caleiro

Doutorando em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto. Pesquisador integrante do Grupo de Pesquisa Meio Ambiente: Sociedades Tradicionais e Sociedade Hegemônica. Membro da Rede para o Constitucionalismo Democrático Latino-Americano. Pesquisador integrante da Rede Latino-americana de Antropologia Jurídica (RELAJU). Pesquisador associado ao Instituto de Pesquisa, Direitos e Movimentos Sociais (IPDMS). Diretor Executivo do Centro de Pesquisa e Extensão em Direito Socioambiental (CEPEDIS). Advogado.

Roberto Di Benedetto

Doutor em Sociologia pelo IESP/UERJ e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Coordenador-Geral do Direito da Universidade Positivo, professor titular da Universidade Positivo, Avaliador de Curso de Graduação em Direito do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira do Ministério da Educação - INEP/MEC e pesquisador visitante do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA.

Vera Regina Hippler

Doutora e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP.

CONSELHO DELIBERATIVO

Membros Efetivos

Dione Lima da Silva (Porto Alegre)

Octavio Caio Mora Y Araujo de Couto e Silva (Rio de Janeiro)

Luiz Fernando Padilha (Rio de Janeiro)

Maria Rosa de Carvalho Leite Neta (Fortaleza)

Luiz Fernando Schmidt (Aposentado/Goiânia)

Fernando da Silva Abs da Cruz (Porto Alegre)

Marta Bufaiçal Rosa (Aposentada/Brasília)

Membros Suplentes

Elton Nobre de Oliveira (Rio de Janeiro)

Aline Lisboa Naves Guimarães (DIJUR/SUAJU)

Luís Gustavo Franco (Porto Alegre)

CONSELHO FISCAL

Membros Efetivos

Cleucimar Valente Firmiano (Campinas)

Rogério Rubim de Miranda Magalhães (Belo Horizonte)

Melissa dos Santos Pinheiro (Porto Velho)

Membros Suplentes

Rodrigo Trassi de Araújo (Bauru)

Edson Pereira da Silva (DIJUR/GETEN)

APRESENTAÇÃO 11

PARTE 1 – ARTIGOS

A decisão de liquidação de título executivo, o Novo CPC e sua recorribilidade: uma questão a ser resolvida
José Henrique Mouta Araújo e Vinicius Silva Lemos 15

Os limites da justiça no direito romano-germânico segundo Michel Foucault
David Santos Salomão 45

Teletrabalho e advocacia estatal
Luís José Bragança da Silva e Guilherme Bohrer Lopes Cunha 57

Dependência digital e regulação: em busca de uma internet mais saudável
Denilson Ribeiro de Sena Nunes 73

O Bitcoin e as possibilidades de negócios
Enliu Rodrigues Taveira 87

Breves considerações a respeito do princípio do *duty do mitigate the loss* aplicado às hipóteses de ação rescisória – um ensaio a respeito da prescrição “extracorrente” ou “relativização da coisa julgada prescricional” no processo do trabalho
Gerson Oscar de Menezes Jr e Marcel Coelho Leandro ... 107

A evolução do direito do consumidor e o comércio eletrônico: abordagem pelo direito internacional
Floriane Benevides de Magalhães Neto e Lilese Barroso Benevides de Magalhães 123

Análise econômica do direito e insolvência empresarial: breves considerações acerca da teoria do *Common Pool Assets*
Eduardo Araujo Bruzzi Vianna 143

A dialeticidade exigida entre o recurso de apelação e a sentença recorrida <i>Gustavo Schmidt de Almeida</i>	157
Contratos coligados de compra e venda e financiamento para aquisição de imóvel residencial urbano na planta: a proteção do consumidor no caso de atraso na entrega da obra <i>José Gabriel Boschi</i>	169
A responsabilidade pelas dívidas do imóvel urbano vinculado ao Programa Minha Casa Minha Vida – faixa I retomado ao FAR e direcionado ao novo beneficiário <i>Marcelo Machado Carvalho</i>	191
Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade na aplicação das sanções administrativas do Código de Defesa do Consumidor <i>Alexandre Freire de Carvalho Gusmão</i>	211
A aplicação de medidas atípicas para efetividade de ordens judiciais em processos de execução frente ao princípio da dignidade da pessoa humana no Novo Código de Processo Civil <i>Juliana Dal Molin de Oliveira Lemos</i>	223
Eficácia temporal das súmulas e a segurança jurídica <i>Keeity Braga Collodel e Alessandra Hoffmann de Oliveira Pinheiro</i>	241
Lei 13.303/16 e os critérios para ocupar cargos na administração das estatais: um bom começo <i>Eduardo Alvez Weimer</i>	263

PARTE 2 – JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal <i>Execução. Ação coletiva. Rito ordinário. Associação. Beneficiários. Repercussão Geral</i>	285
Supremo Tribunal Federal <i>Usurpação de competência do STF. Órgão Especial do TST</i>	295
Superior Tribunal de Justiça <i>Ação Civil Pública. Cláusula abusiva em contrato bancário. Autorização específica dos associados. Necessidade</i>	303

Superior Tribunal de Justiça	
<i>Programa Minha Casa Minha Vida. Pedido de indenização. Danos materiais e morais. Atraso na entrega do imóvel. Ilegitimidade da CEF. Agente financeiro</i>	<i>307</i>
Tribunal Superior do Trabalho	
<i>Recurso de revista. Bancário. Horas extras. Divisor. Incidente de recursos de revista repetitivos IRR-849-3.2013.5.03.0138. Tema repetitivo nº 0002. Salário-hora. Forma de cálculo. Empregado mensalista</i>	<i>317</i>
Tribunal Superior do Trabalho	
<i>Dispensa motivada. Empregado público celetista admitido mediante aprovação em concurso público. Sociedade de economia mista. Contrato de experiência. Avaliações de desempenho previstas contratualmente. Enquadramento jurídico dos fatos constantes no acórdão recorrido</i>	<i>325</i>
Tribunal Superior do Trabalho	
<i>Novo plano de cargos e salários de 2008 (Estrutura Salarial Unificada - ESU). Adesão. Renúncia a direitos previstos em planos anteriores. Inexistência de vício. Validade</i>	<i>339</i>
PARTE 3 – NORMAS EDITORIAIS DE PUBLICAÇÃO	363

APRESENTAÇÃO

A Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal - ADVOCEF, com orgulho, apresenta à comunidade jurídica mais um número de sua Revista de Direito.

A edição que se descortina nas muitas páginas seguintes traduz uma síntese da evolução por que passou a publicação desde 2005.

Nestes doze anos de contínuo crescimento, a Revista de Direito não parou de se aprimorar e fortalecer no cenário acadêmico e técnico nacional.

Nascida como um canal para dar visibilidade à produção intelectual dos advogados da CAIXA, com o passar dos anos foi ampliando sua atuação, passando a publicar autores os mais diversos, sendo reconhecida e valorizada por importantes segmentos da advocacia.

O número que se apresenta, além de congregar trabalhos produzidos por integrantes dos quadros próprios, amplifica este universo, publicando ilustres representantes da Advocacia Estatal e Pública, também se destacando pela diversidade e atualidade dos temas abordados.

Ao divulgar estudos das mais variadas temáticas - desde os intrincados e inesgotáveis debates acerca do Novo CPC até as mais atuais teses focadas no direito bancário e empresarial - a Revista de Direito da ADVOCEF vem firmando-se como um repositório de consulta obrigatória a quem milita em diversas frentes de atuação.

O lançamento desta edição carrega, também, uma positiva coincidência. Quis o destino que a edição semestral de número 25 fosse lançada na mesma data em que a ADVOCEF promove os 25 anos de sua fundação.

A convergência dos acontecimentos marca, assim e de modo singular, uma das múltiplas facetas de atuação da entidade, que, sem descuidar de outras tantas atribuições, firma sua vocação de incentivo e divulgação do conhecimento e da permanente formação profissional.

A jurisprudência escolhida é também reveladora do viés adotado pela publicação, com foco em temas de relevância e atualidade, descortinando tendências em favor de uma advocacia qualificada e de crescente importância no cenário brasileiro.

Uma excelente leitura.

Bruno Queiroz Oliveira
Presidente do Conselho Editorial



PARTE 1

ARTIGOS

A decisão de liquidação de título executivo, o Novo CPC e sua recorribilidade: uma questão a ser resolvida

José Henrique Mouta Araújo

*Doutor e Mestre em Direito (UFPA)
Pós-doutor em direito (Faculdade de Direito da
Universidade de Lisboa)
Professor do Cesupa/PA e Fametro/AM
Procurador do Estado do Pará e Advogado
Membro da Academia Paraense de Letras Jurídicas, da
Associação Norte-Nordeste de Professores de Processo
(ANNEP), do Centro de Estudos Avançados em
Processo (CEAPRO) e da Associação Brasileira de
Direito Processual (ABDPRO)*

Vinicius Silva Lemos

*Advogado
Doutorando em Processo pela UNICAPIPE
Mestre em Sociologia e Direito pela UFFIRJ
Especialista em Processo Civil pela Faculdade de
Rondônia (FARO)
Professor de Processo Civil da FARO e da UNIRON
Diretor da Escola Superior da Advocacia
de Rondônia (ESAIRO)
Coordenador da Pós-Graduação em Processo Civil
da Uninter/FAP
Vice-Presidente do Instituto de Direito
Processual de Rondônia (IDPR)
Membro da Associação Norte-Nordeste de
Professores de Processo (ANNEP),
do Centro de Estudos Avançados em Processo
(CEAPRO), da Academia Brasileira de Direito
Processual Civil (ABDPC), da Associação Brasileira de
Direito Processual (ABDPRO) e do Instituto Brasileiro
de Direito Processual (IBDP)*

RESUMO

Este artigo tem o intuito de analisar o instituto da liquidação de sentença no novo Código de Processo Civil, delineando suas novidades e suas alterações, priorizando a definição da natureza jurídica de sua decisão resolutiva e, conseqüentemente, definindo o recurso correto para a impugnação dessa decisão, fato que o ordenamento não deixou claramente positivado. O presente estudo apresenta as posições doutrinárias sobre o assunto, com as possibilidades de resolução da questão estudada.

Palavras-chave: Liquidação de sentença. Decisão Resolutiva. Novo CPC. Recurso.

ABSTRACT

This article aims to analyze the institute of liquidation of the sentence in the new Code of Civil Procedure, outlining its novelties, its persecutions, priorities, definition of the legal nature of its decision, a fact that the planning did not leave clearly positive. The present study presents doctrinal notes on the subject, as the possibilities of solving the question studied.

Keywords: Settlement of sentence. Resolutive Decision. New CPC. Resource.

Introdução

Este artigo tem como objeto a análise dos conceitos dos pronunciamentos judiciais exarados na fase liquidação de sentença, enfrentando a evolução dos conceitos de sentença e de decisões interlocutórias, especialmente após as modificações advindas do CPC/2015.

Para alcançar o intuito, o estudo apresenta as novidades e alterações da liquidação de sentença, desde a definição da natureza jurídica de sua decisão resolutiva, com a pesquisa sobre todas as vertentes visionárias na doutrina, com o confronto de diferentes maneiras de conceituação, para definir-se como um posicionamento de decisão interlocutória e, conseqüentemente, definindo o recurso correto para a impugnação dessa decisão, fato que o ordenamento não deixou claramente positivado. O presente estudo apresenta as posições doutrinárias sobre o assunto, com as possibilidades de resolução da questão estudada.

Diante do novo ordenamento processual, a liquidação de sentença sofreu grande impacto e, com as alterações existentes, problemas e dúvidas nasceram, principalmente quando se en-

frenta o tema ligado à recorribilidade das decisões interlocutórias de mérito e a (in)existência de sentenças parciais, a partir das reformas ocorridas no CPC/73. Agora, com o novo Código, há a necessidade de maiores reflexões acerca dos vários pronunciamentos judiciais da fase de liquidação de sentença.

1 A fase de liquidação de sentença no CPC/2015

Desde as reformas processuais ocorridas especialmente no ano de 2005, vem sendo estimulado pelo legislador o chamado sincretismo processual, com as fases de *conhecimento* e *cumprimento* de decisão, no mesmo processo. Outrossim, nos casos de decisões ilíquidas, há a necessidade da prévia etapa de liquidação para o alcance do *quantum debeatur* (arts. 509-512, do CPC/15).

Assim, quando há um pedido genérico (art. 324, §1º, do CPC/15) na ação, é normal que o juízo faça a prolação da sentença de igual maneira, sem delimitar os valores que ensejam a condenação, somente aplicando ali o direito vincado, com possibilidade de que, após o trânsito em julgado (ou provisoriamente), se possa liquidar a sentença para chegar ao valor certo e determinado. Admite-se, também, que mesmo que haja um pedido específico possa haver uma decisão ilíquida, desde que haja a impossibilidade pelo juízo da estipulação do valor, com a necessidade da constatação do *quantum debeatur* via liquidação, em qualquer de suas espécies.

Por outro lado, o art. 509 do Novo CPC é claro ao prever o cabimento da liquidação quando a sentença condenar ao pagamento de quantia ilíquida, limitando sem qualquer margem à dúvida a liquidação ao valor da obrigação, o que naturalmente afasta desse instituto jurídico o incidente de escolha de bens ou de concentração de obrigações. A previsão legal impede que se confunda liquidação com outros fenômenos processuais, como o incidente de concentração de obrigação ou a escolha da coisa na obrigação de coisa incerta, mas excepcionalmente é possível a liquidação de obrigação de entrega de coisa, que não deve ser a priori excluída do âmbito da liquidação pela interpretação literal do art. 509 do Novo CPC. Tal circunstância se verifica na condenação ilíquida de pedido que tenha como objeto a entrega de uma universalidade de bens (art. 324, § 1º, I, do Novo CPC). (NEVES, 2016, p. 1.097).

O juízo, ao prolatar a decisão, mesmo que seja sem a definição de uma liquidez, de um valor correspondente àquele direi-

to ali decidido, deve proporcionar meios específicos para a liquidação da condenação. Não há possibilidade de a sentença que abriga uma condenação não conter os meios possíveis à visualização do *quantum debeatur*. Sem esse caminho de definição, a própria existência da sentença seria inviável.

Dessa maneira, a decisão ilíquida não pode ser encarada como um direito sobre o qual não haja meios de se alcançar a satisfação específica. A decisão, mesmo ilíquida, deve conter os mecanismos para colocar em prática o que o juízo ali determinou como direito, consagrando ali como resultado. Mesmo que a condenação não seja determinada quanto ao valor correspondente do direito ali decidido, deve ser determinável, possibilitando que se realize a liquidação, em qualquer de suas espécies.

A liquidação de sentença, então, é uma fase processual sobre a qual um título executivo, prioritariamente judicial, ainda ilíquido sofre um procedimento para alcançar a liquidação, com a quantificação do direito constante para a busca da satisfação específica pelo credor. Sem a liquidação, este título, ainda ilíquido, não preenche um dos requisitos para ser exequível.

1.1 A problemática do nome mantido no CPC/2015: liquidação de sentença

O CPC/2015, no capítulo pertinente à matéria, decidiu por nomear o instituto como liquidação de sentença, o que não coaduna com a espécie que realmente representa, já que a possibilidade de liquidar-se um título executivo não está somente atrelada à sentença, conforme o nome tende a parecer.

A liquidação pode ser de qualquer título sobre o qual ainda resta a iliquidez, na busca da quantificação ou especificação daquele débito, no intuito de possibilitar, após se alcançar o *quantum debeatur*, o prosseguimento da execução – seja cumprimento de sentença ou a própria execução de título extrajudicial. Evidentemente, como a sentença é o principal título executivo judicial, há uma ênfase maior a esta espécie, contudo é somente uma das formas judiciais do título, o que impõe o equívoco do nome.

O art. 515 quando dispõe sobre as espécies de títulos executivos recusa-se a falar de sentença, optando por “decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa”. Desse modo, a manutenção da nomenclatura no novel ordenamento pareceu uma desatenção, quase que preguiçosa,

meio que um desleixo, sem a necessária e pertinente adequação à realidade.

A expressão “liquidação de sentença” é, na verdade, uma elipse. Afinal, não é a sentença, mas a obrigação, que deve ser revestida de liquidez. Mais apropriado, então, seria falar em *liquidação da obrigação reconhecida na sentença* (ou, ainda mais propriamente, no título judicial). Liquidação de sentença é, porém, expressão muito tradicional do Direito Processual Civil brasileiro, não havendo motivo para criticar seu emprego (CÂMARA, 2016).

A liquidação é de qualquer título executivo que tenha uma iliquidez, sem a delimitação, tampouco diminuição de âmbito somente na sentença, tanto que o art. 356 permite a decisão parcial de mérito, com a possibilidade de o juízo, em uma decisão interlocutória, julgar parte da demanda, se esta estiver pronta para tal desiderato. Independentemente de recurso, a decisão já pode ser provisoriamente cumprida e, se for ilíquida, também pode ser liquidada, o que exemplifica que este instituto não se atrela à sentença, por mais que haja também uma liquidação de sentença, contudo não há possibilidade, tampouco necessidade de limitar o instituto à sentença.

1.2 A legitimidade para o requerimento da liquidação

Para a promoção do requerimento da liquidação, há a possibilidade de qualquer das partes pleitearem, seja aquela vencedora – autora ou ré – em busca da definição do *quantum* exato relativo à condenação, seja a vencida, de igual maneira, também almejando a definição dos valores condenatórios, contudo com intuitos diferentes, uma para receber os valores e outra para arcar com o *quantum* a ser definido.

Pela arquitetura do CPC/2015, a liquidação de sentença poderá ser requerida tanto pelo credor, quanto pelo devedor, prestigiando, assim, a ideia da “ação liberatória” [...] A novidade é positiva, pois ratifica a concepção de que o cumprimento da decisão judicial, ainda que ilíquida, deve ser feito de maneira espontânea pelo devedor, tendo pois este, para tanto, a legitimidade para promover a liquidação de sentença, assim como para o cumprimento de sentença do decisum de forma espontânea (art. 526) (MAZZEI, 2016, p. 367).

A legitimidade está interligada à necessidade, por ambas as partes, da transformação daquele título executivo ainda ilíquido

em um direito já definido e quantificado, com a sapiência sobre quais os impactos deste para as partes, seja para atuar como credor ou como devedor, com a possibilidade de cobrar o que se tem para se receber, o credor, bem como para a ciência da quantidade de seu débito, o devedor.

1.2.1 Legitimidade da parte ativa

Obviamente, a parte vencedora do litígio, seja em uma decisão ou na sentença, tem legitimidade para instaurar a liquidação de sentença, sendo o maior dos interessados para tal desiderato. Este interesse passa pela necessidade de sapiência sobre qual o valor correspondente ao direito concedido na sentença para fins do prosseguimento do cumprimento de decisão ou sentença.

Sem transformar aquele direito proferido na sentença em uma quantia certa, não há meios de se continuar com o devido cumprimento, por isso, há um evidente interesse do vencedor, agora como credor, em pleitear a liquidação desse título, seja decisão, sentença ou qualquer outro, para determinar-se o *quantum* do débito.

Se o credor é quem detém o direito ali decidido, evidentemente, há interesse em transformá-lo em algo executável.

1.2.2 Legitimidade da parte passiva

Por outro lado, o vencido na decisão ou sentença, agora tido como devedor, tem igual interesse em saber o *quantum* do débito, seja para fins de pagamento ou, ainda, para adiantar-se a possível excesso de valores pleiteados no cumprimento de decisão ou sentença.

Com isso, há total possibilidade de que o devedor faça o pedido de instauração contra aquele apontado como credor no título, conforme descrito no art. 509. Por mais que o devedor seja o polo passivo, com a necessidade de cumprir com o direito que perdeu na decisão ou sentença, pode, tranquilamente, pleitear a liquidação, para, desde logo, ter a sapiência do tamanho de sua dívida.

Dois pontos interessantes e que são novidades trazidas pelo CPC de 2015: o *caput* prevê a possibilidade de o devedor (não só o credor) dar início à liquidação e dispõe que o CNJ desenvolverá e colocará à disposição dos interessados programa de atualização financeira, iniciativa digna de destaque que já existe em alguns tribunais (BUENO, 2016, p. 419).

Essa é uma novidade trazida pelo CPC/2015, já que no anterior não havia precisão expressa neste sentido.

1.3 Espécies de liquidação

Quando a decisão ou a sentença for ilíquida, como já vimos, pode-se pleitear a liquidação daquele título executivo. O art. 509, I e II prevê a existência de duas espécies diversas de liquidação: por arbitramento e por procedimento comum.

Cada uma destas diferentes liquidações tem lugar para uma determinada espécie de título executivo, mediante a relação com a necessidade que o próprio dispõe sobre o direito ilíquido ali constante. Por vezes, a iliquidez ali presente necessita de um arbitramento para ser solucionada e devidamente liquidada, em outras há a necessidade de abertura de um procedimento comum, ainda que seja limitado ao que consta na decisão ou sentença.

1.3.1 Liquidação por arbitramento

O art. 509, I manteve a existência da liquidação por arbitramento prevista no revogado art. 475-C do CPC/73, permitindo-a nas mesmas três hipóteses anteriormente possíveis: quando determinada pela sentença, convencionada pelas partes ou exigida pela natureza do objeto da liquidação.

Dessa maneira, quando o juízo, ao prolatar a sentença, não imputar o valor certo e determinado para aquela questão decidida, pode, desde já, estipular que a liquidação será por arbitramento. Não há, nessa hipótese, por vezes a necessidade que seja por arbitramento, mas a visualização do juízo de que será a melhor saída para a definição do *quantum debeatur*, ou seja, podia o juízo debruçar-se sobre a quantificação, contudo entendeu que seria mais condizente com a definição via um arbitramento, o que ensejaria somente em dizer o direito e deixar os critérios para a definição da quantificação para o momento pericial da liquidação.

Se o juízo não determinar que seja por arbitramento, mas for vontade de ambas as partes, estas podem, de comum acordo, optarem pelo arbitramento. E, ainda, por último, se a natureza do objeto colocado em litígio somente for possível liquidar-se pelo arbitramento, não resta alternativa senão proceder-se dessa forma processual.

A liquidação por arbitramento passa pela possibilidade de o juízo nomear um perito para a identificação mais adequada

da quantificação do valor condizente àquele direito, com a avaliação técnica sobre a matéria, transformando-o em um montante líquido e correspondente ao que se decidiu anteriormente. Todavia, há uma inovação no novel ordenamento, com a possibilidade, antes da nomeação do perito, de o juízo, se entender pertinente, intimar as partes, nos moldes do art. 510, para apresentarem pareceres e documentos elucidativos, para nem necessitar da nomeação de um perito.

Se as partes assim procederem, com a devida juntada de pareceres de seus assistentes técnicos, se for possível, mediante o resultado do que ali se apresentou, o juízo pode decidir de plano, de acordo com os subsídios propostos pelas partes, após o devido contraditório. E, se as partes não juntarem os pareceres ou, mesmo juntando, ainda não for possível prolatar uma decisão de mérito da liquidação somente com tais documentos, nomear-se-á o perito para realizar o laudo que subsidiará o arbitramento. Conforme súmula 118 do STJ, "o agravo de instrumento é o recurso cabível da decisão que homologa a atualização do cálculo da liquidação".

1.3.2 Liquidação pelo procedimento comum (antiga liquidação por artigo)

Já a outra espécie de liquidação também está prevista no art. 509, contudo no inciso II, substituindo, ao menos em nomenclatura, a antiga liquidação por artigo por liquidação por procedimento comum. Entretanto, não há novidades sobre esta espécie, ocorrendo quando há a necessidade de discutir novos documentos, com todas as características de um procedimento probatório, com a possibilidade de impugnação, produção de provas e ulterior decisão.

A cada documento trazido pelo liquidante, com o intuito de discutir-se o que se definiu como direito e o alcance material ali vindicado, abre-se a possibilidade para que o outro lado possa contestar, no prazo de 15 dias, com a total verificação da ampla defesa. Persiste, nesta espécie de liquidação, a necessidade de comprovação de fatos ou documentos novos que a decisão ou a sentença já determinou como direito de uma parte, contudo não há liberdade postulatória e cognitiva sobre esta fase de liquidação, somente com a possibilidade de apresentar documentos e fatos nos limites daquilo que se decidiu anteriormente, na definição do mérito da questão.

O intuito é a liquidação daquela decisão ou sentença que proferiu o direito, mas que necessita ainda de instrução

comprobatória do alcance dos fatos e dos documentos para mensurar o *quantum debeatur*, sendo, evidentemente, vedada a rediscussão do mérito da demanda, conforme disposto no art. 509, § 4º. Não se pretende abrir novamente a discussão sobre o que se decidiu, tampouco a reformulação da coisa julgada, porém percebe-se a necessidade de liquidar para entender o alcance quantitativo daquela decisão.

1.4 Competência para a liquidação

A competência para a liquidação depende do título que se quer liquidar. O normal, numa liquidação de decisão ou sentença, seria a competência ser a mesma da ação que se decidiu com a prolação resolutória definitiva, com procedimento de maneira sincrética, na mesma demanda, ensejando, dessa forma, a mesma competência, ainda que eventualmente o faça em processo apartado, será, de igual maneira, no mesmo juízo.

A regra de competência para o cumprimento de decisão ou sentença está no art. 516, determinando que seja, em regra, o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição, porém possibilitando que seja de maneira diversa, em situações excepcionais, com a possibilidade de o exequente optar “pelo juízo do atual domicílio do executado, pelo juízo do local onde se encontrem os bens sujeitos à execução ou pelo juízo do local onde deva ser executada a obrigação de fazer ou de não fazer, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem”. A liquidação, portanto, por ser uma fase anterior ao cumprimento de sentença, tem a mesma possibilidade de competência desta fase, com as mesmas possibilidades de alteração da competência.

Por outro lado, se o título a ser executado for um título extrajudicial, a regra de competência será a mesma para o intento da demanda, seguindo o disposto no art. 781, priorizando que a execução poderá ser proposta no foro de domicílio do executado, de eleição constante do título ou, ainda, de situação dos bens a ela sujeitos, o que seria o mesmo caso para a liquidação.

1.5 O resultado da liquidação como valor zero e a ausência de título executivo

Quando um juízo determina na sentença um direito ilíquido, sem a especificação, naquele momento, da quantificação deste, não há como ter sapiência do resultado futuro da liquidação, já

que dependerá de outros fatores, como juntada de documentos, da abertura de um procedimento comum específico ou da realização de cálculos por perito nomeado no arbitramento.

Como a liquidação é um evento futuro, quando há a prolação de decisão, há, evidentemente, a expectativa de um resultado positivo naquele direito invocado e utilizado, delineando-se, após a liquidação, em um título pronto para a sua execução.

No entanto, há a possibilidade de, após o trâmite da liquidação, com todos os cálculos (se for por arbitramento) ou a apresentação de todos os documentos (se for por procedimento comum), não constar nada a ser liquidado, um resultado de um direito discutido procedimentalmente, com a decisão do juízo na resolução da liquidação, mas que não corresponde a nenhum valor.

Liquidação zero. Limites. Somente a liquidação pelo procedimento comum pode resultar negativa, dado que nela se tem de provar fato novo, porque o an debeatúr foi fixado na sentença sem grau de extensão (a caracterizar-se pela prova do que deve ser liquidado) (NERY, JR.; NERY, 2016, p. 1354).

Dessa maneira, mesmo com a decisão resolvendo a liquidação, esta seria igual a zero, o que, apesar do direito invocado, não teria uma condenação a ser transformada em um título executivo, com o resultado de que não haveria ali o que se executar, mesmo com uma parte já tendo a razão, o direito consagrado pela decisão meritória anterior. Sem valores; sem título executivo.

A dúvida recai sobre esta espécie de decisão em que a liquidação resultará em uma decisão sem a existência de quantificação pela inexistência de valores a serem executados, será uma decisão de mérito ou sem mérito? Essa definição não alcança a decisão anterior, a sentença que definiu o direito, pelo fato de que ali realmente se foi julgado o mérito. Contudo, a decisão da liquidação que restou com ausência de valor, esta em específico, é uma decisão sem a possibilidade de estipulação de nova decisão, o que seria, de igual maneira à sentença anteriormente prolatada, uma decisão de mérito.

1.6 A possibilidade de liquidação apartada de capítulo da decisão

Uma novidade existente no CPC/2015 na liquidação recai sobre a possibilidade da divisão dos capítulos da decisão, se um

for com um conteúdo líquido e outro, ilíquido, com a viabilidade de, desde logo, proceder-se à liquidação, ainda que não corresponda à totalidade daquela decisão. Neste ínterim, liquida-se a parte sobre a qual a decisão não tem clareza sobre a quantificação do direito e, se a outra parte decisória for sobre decisão já passível de cumprimento de sentença no processo civil pátrio, permite-se à parte, concomitantemente, liquidar capítulo ilíquido e executar capítulo líquido, na dicção do § 1º do artigo 509.

Essa positivação corrobora a teoria da divisão da decisão, mais especificadamente, a sentença em capítulos, com grande autonomia entre si, como neste caso, com a possibilidade de um seguir o cumprimento de sentença enquanto o outro procede à liquidação daquela decisão. De certa maneira, pelo mesmo motivo que o termo liquidação de sentença é equivocado, o cumprimento de sentença também o é, já que não se tem a prerrogativa de a sentença ser o título executivo judicial, podendo ser outras espécies de decisões judiciais sem ser necessariamente uma sentença.

Assim como já ocorria no sistema processual civil brasileiro anterior, também o Código de Processo Civil de 2015 permite que o credor simultaneamente promova o cumprimento da sentença naquilo em que a sentença seja dotada da necessária liquidez e a liquidação do restante, isto é, da parte da condenação que tenha sido fixada por sentença genérica. Diferentemente do que ocorre no *caput*, que confere legitimidade tanto ao autor quanto ao réu (credor e devedor, respectivamente) para a ação de liquidação, o § 1º do art. 506 menciona somente o credor. O que se recomenda é interpretação no sentido de que o § 1º deve ser lido em consonância com o *caput*, o que autoriza que tanto credor quanto devedor possam propor a liquidação da parte ilíquida da sentença (WAMBIER, 2016, p. 735).

Nesse caso, a liquidação dar-se-á em autos apartados, enquanto o cumprimento de sentença continua nos autos principais daquela demanda. A prioridade procedimental no processo principal passa por já receber, desde logo, o que houver de dívida consolidada, impondo, paralelamente, o rito da liquidação, sem correlação com o pedido já líquido, por correr justamente em apartado.

1.7 A liquidação provisória ainda que exista recurso com efeito suspensivo

O CPC/2015, em seu art. 512, prevê a possibilidade de se realizar a liquidação da decisão ainda que haja a pendência de um recurso, tornando esta uma liquidação de maneira provisória, ou, simplesmente, liquidação provisória.

Se há a pendência de um recurso, com o processo à espera, em grau recursal, da análise do que se recorre, não há problemas de que se realize, incidentalmente, o procedimento da liquidação da decisão, até com o intuito de proceder ao adiantamento da definição do *quantum debeatur*, sem postergar para somente após o trânsito em julgado.

Nas hipóteses em que houver a necessidade de liquidação, ela pode ser realizada na pendência de recurso e, nesse caso, a liquidação será processada em autos apartados cabendo ao liquidante instruir o pedido de liquidação com cópias das peças processuais pertinentes, uma vez que os autos originais são remetidos ao tribunal (MILHORANZA; MOLINARO, 2015, p. 131/132).

A novidade passa pela liquidação provisória ser possível ainda que o recurso que impugna a decisão contenha o efeito suspensivo. A decisão não tem a eficácia para o cumprimento de sentença, contudo não há óbice para proceder-se à liquidação, já que o intuito somente é chegar na quantificação daquele direito enquanto estiver na pendência daquele recurso, ainda que não se possa prosseguir com o cumprimento desta decisão.

Com a liquidação provisória, alcança-se o valor daquele direito constante na decisão judicial, deixando-a pronta para um eventual e futuro cumprimento, ainda que não haja, naquele instante, a possibilidade de fazê-lo.

Dessa maneira, a liquidação provisória, diferentemente ao cumprimento provisório, apesar de ser possível na pendência de recurso, independe da concessão ou não do efeito suspensivo, podendo ocorrer em ambas as hipóteses.

Pendência de recurso. Liquidação definitiva. Por medida de economia processual, o CPC no art. 512 admite que seja requerida a liquidação de sentença, mesmo pendente recurso interposto contra a sentença liquidanda. Não havendo ressalva na lei, é cabível requerimento de liquidação mesmo que o recurso pendente tenha sido recebido no efeito suspensivo. A liquidação será definitiva, quer tenha sido requerida na pendência de recurso com efeito

suspensivo ou meramente devolutivo (NERY, JR.; NERY, 2016, p. 1.360).

O nome da liquidação seria, neste momento, provisória, mas não pelo sentido de ainda poder ser alterada, já que vincularia o valor para eventual e futuro cumprimento de sentença, mas a provisoriedade passa pelo sentido de que a decisão pode ser reformada, o que levaria a uma liquidação que não seria utilizada pelo fato de o direito ali liquidado não persistir mais.

2 A decisão de liquidação de sentença no Novo CPC

A decisão que resolve a liquidação, com a estipulação do *quantum debeatur*, no CPC/73 (especialmente após as reformas ocorridas em 2005) tinha uma natureza jurídica indeterminada, com a existência de um sincretismo processual, passou a ser somente uma fase processual, interligando a sentença proferida de maneira ilíquida ao início do cumprimento de sentença. Como já mencionado, a liquidação funcionava como instrumento de ligação entre duas fases (conhecimento e cumprimento) de um procedimento sincrético.

Evidentemente que a natureza jurídica dessa decisão, no ordenamento revogado, tinha uma importância, seja para o seu estudo doutrinário, seja para a percepção jurídica ali imposta, contudo era relativizada pela delimitação legal de sua recorribilidade quando o antigo art. 475-H dispunha claramente que “da decisão de liquidação caberá agravo de instrumento,” logo, apesar da possibilidade de dúvida sobre qual espécie de decisão se impugnava, o recurso cabível era provido de uma certeza legal, sem nenhuma margem interpretativa.

A definição da espécie de decisão é importante para entender os efeitos que causará ao processo e, conseqüentemente, a sua impugnabilidade, o que não era preciso, como vimos, no CPC/73. No entanto, com o advento da nova norma processual, sem nenhum artigo correspondente ao conteúdo do antigo art. 475-H, a dúvida paira novamente, com total necessidade de entender qual é natureza jurídica da decisão que julga a liquidação, com a sua devida resolução.

2.1 A natureza jurídica da decisão que resolve a liquidação de sentença: decisão interlocutória ou sentença?

A fase da liquidação de sentença reabre a necessidade de uma cognição, como uma fase autônoma, com postulação e mérito próprio e independente de qualquer outra fase proces-

sual. Sem ter a característica de um incidente que auxilia o principal, a liquidação tem início depois do trânsito em julgado da sentença que atribuiu o direito, em busca da delimitação do *quantum debeatur*.

A questão a ser resolvida é: se tem nova cognição, nova postulação, nova fase processual, gera nova sentença? No CPC/73 já existia essa dúvida, apesar da certeza de sua recorribilidade, como outrora já passamos, com a doutrina pendendo a entender como sentença, ainda que coubesse o agravo de instrumento, guardando uma incongruência entre a decisão e a sua recorribilidade. Entende-se que “não é porque agora cabe agravo da decisão que põe fim à liquidação que se pode afirmar que esta se teria transmudado em decisão interlocutória” (WAMBIER; WAMBIER; MEDINA, 2006, p. 121).

Mas será que havia mesmo uma incongruência? Evidentemente que não se discute que há uma abertura de nova cognição na fase de liquidação da sentença, com um novo conhecimento, postulações diversas das anteriormente possíveis, com a resolução de uma matéria totalmente diferente da prevista no processo cognitivo. Contudo, diante do sincretismo processual determinado pela lei n. 11.232/2005, o intuito era tergiversar procedimentos e dogmas processuais preestabelecidos para sistematizar o processo de maneira a proporcionar um melhor sentido diante do prisma da economia processual e a duração razoável do processo.

Curioso é que o legislador, no particular, embora se trate de sentença, prevê o cabimento do agravo contra essa decisão (art. 475-H, CPC), o que excepciona a regra do CPC, que estabelece a apelação como recurso cabível em tais situações. Não seria, entretanto, caso raro de incongruência legislativa: (i) o art. 17 da lei da Assistência Judiciária (Lei Federal n. 1.060/1950) prevê o recurso de apelação contra decisões interlocutórias; (ii) art. 100, primeira parte, da Lei Federal n. 11.101/2005, LFRE, que prevê o agravo de instrumento contra sentença que decreta a falência. Não se pode ignorar, porém, que as regras de cabimento do recurso e os conceitos legais das espécies de decisão (cuja função é exatamente a de estruturar o sistema recursal) não são doutrinárias. Trata-se de regras de direito positivo, e por isso mesmo, contingentes. Não é possível reduzi-las aos esquemas abstratos da teoria do processo, pois uma ‘penada legislativa’ aniquilaria tudo o quanto fosse afirmado. Não há restrição teórica alguma ao cabimento de agravo contra uma sentença. Mas não se pode deixar de criticar a opção legislativa, que revela incoerência,

postura que não se pode elogiar, pois sempre causadora de dúvidas práticas e discussões doutrinárias. Parece inegável, então, que se está diante de uma situação excepcional: contra uma sentença cabe agravo (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2008, p. 451/452).

O sentido era conceder maior celeridade também no trâmite recursal, imaginando que, de duas sentenças, caber duas apelações seria incongruente para o sistema recursal, focando a interpretação na demora causada pela remessa do processo ao tribunal.

E, no CPC/2015, a dúvida persiste: sentença ou decisão interlocutória?

2.2 A decisão parcial de mérito e a possibilidade da decisão de liquidação

O art. 356 prevê a possibilidade de uma decisão parcial do mérito no CPC/2015, com a decisão do mérito quando houver cumulação de pedidos, julgando um destes no meio da fase de conhecimento e instruindo os demais, com a decisão proferida na sentença. Logo, existirão duas decisões sobre o mérito, uma quando algum dos pedidos já comportar julgamento antecipado e outra quando encerrar a instrução processual de toda a demanda.

Essa novidade veio a corroborar legalmente uma prática que, mesmo excepcional, já era possível no ordenamento anterior, quando, ocasionalmente, o juízo decidia parte do mérito, principalmente quando já verificava prescrição ou decadência em parte da demanda quando proferia a decisão de saneamento, o que importava em uma decisão parcial de mérito, chamada, por alguns, de sentença de mérito.

No novel código, não somente é viável essa decisão parcial de mérito como é um dever do juízo quando se verificar diante de tal situação. O intuito é adiantar o julgamento de mérito, nem que seja de parte daquela demanda, não deixando um pedido aguardando a instrução de outro, resolvendo, desde logo, o mérito, ainda que, para isto, necessite de uma decisão material e processual da demanda.

A decisão que resolve a liquidação encerra uma fase que também é de conhecimento? A resposta evidentemente é positiva. A fase de liquidação guarda todas as características da fase de conhecimento, com a necessidade de requerimento de quem detém o interesse – seja o autor ou o réu, com a postulação de ambas as partes, abrindo a necessidade de ins-

trução, com um contraditório probatório para aquela liquidação, com uma decisão final que resolve a questão, com um resultado meritório.

Dessa forma, tudo leva a crer que a decisão que resolve a liquidação é uma sentença de mérito, procede? A resposta materialmente seria positiva, contudo com o novo conceito da sentença, conforme o art. 203, § 1º, em que a formalidade do encerramento de uma fase cognitiva é o atributo maior, prudente é considerar que a decisão que resolve a liquidação é acessória da sentença anteriormente proferida, imputando uma decisão de mérito que somente tem o intuito de complementar a liquidez inexistente na sentença, importando, conseqüentemente, em uma decisão parcial de mérito, de maneira a utilizar o art. 356 como a base conceitual da decisão interlocutória.

A sentença ilíquida, apesar de excepcional, é admitida no sistema processual pátrio. Como se sabe, proferida sentença civil genérica, o processo continuará numa nova fase procedimental, agora de liquidação, notoriamente uma fase cognitiva. Pergunta-se: a decisão que decide o an debeat, relegando para momento posterior a fixação do quantum debeat, não será mais sentença? Não coloca fim à fase de cognição, que prosseguirá na liquidação de sentença, logo deve ser considerada decisão interlocutória à luz do sugerido art. 203, § 2º, do Novo CPC, sendo recorrível por agravo de instrumento. E, nesse caso, a decisão que fixar o quantum debeat, finalmente encerrando a fase cognitiva, será sentença, recorrível por apelação? Diante dos conceitos de sentença e de decisão interlocutória sugeridos pelo dispositivo ora analisado, não há como responder negativamente a essa questão. Minha percepção nesse sentido é reforçada com a adoção pelo novo diploma legal do julgamento antecipado parcial do mérito, por meio de decisão interlocutória recorrível por agravo de instrumento. Sendo o objeto da demanda formado pelo an debeat e o quantum debeat, o julgamento do primeiro nada mais é do que um julgamento antecipado parcial do mérito. Afinal, as hipóteses de cabimento de sentença ilíquida previstas no art. 491 do Novo CPC se adequam perfeitamente ao art. 356, II, do Novo CPC (NEVES, 2016, p. 1051).

Se o CPC/2015 preconizou a possibilidade, positivamente, da existência de uma decisão interlocutória que verse sobre o mérito, abre-se, assim, a total viabilidade do enquadramento da decisão que resolve a liquidação como visualizável como uma autêntica decisão parcial de mérito. Ou seja, essa decisão é uma decisão interlocutória parcial de mérito.

Tratando-se de decisão interlocutória de mérito agravável, será cabível a interposição do agravo de instrumento, mas, esgotados (ou não empregados) os recursos em tese admissíveis, essa decisão transitará em julgado e, sendo de mérito, alcançará a coisa julgada material (CÂMARA, 2016).

A diferença será que a decisão imaginada pelo art. 356 será antes da sentença e a que resolve a liquidação será posterior, contudo pode-se enquadrar que ambas são idênticas, com a total viabilidade do entendimento de que a decisão de liquidação é somente uma hipótese de incidência do art. 356, como uma espécie de decisão parcial de mérito.

2.3 A recorribilidade da decisão que resolve a liquidação de sentença: apelação ou agravo de instrumento

Com o entendimento de que a decisão que resolve a liquidação de sentença deve ser visualizada como uma espécie de decisão interlocutória parcial de mérito, logo o recurso cabível e correspondente para a sua impugnabilidade será o agravo de instrumento.

O próprio art. 356 em seu § 5º dispõe claramente que esta “decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento”, o que não deixa dúvida sobre a recorribilidade de uma decisão parcial de mérito: será agravo de instrumento.

A decisão que resolve a liquidação de sentença, em fase continuativa ou em incidente, será (geralmente) uma decisão interlocutória, recorrível por agravo de instrumento (§ 5º do art. 356 c/c parágrafo único do art. 1.015, ambos do Código de Processo Civil (MADRUGA; MOUZALAS; TERCEIRO NETO, 2016, p. 652).

A dúvida é se essa decisão que resolve a liquidação será uma sentença ou uma decisão interlocutória. Evidentemente que, se for encarável como uma sentença, o recurso correspondente deve ser a apelação, pelo que o art. 1.009 preconiza. Parte considerável na doutrina entende que essa decisão, por resolver uma fase de conhecimento autônoma à fase anterior à sentença, deve também ser considerada uma sentença, impugnável, então, via apelação. Cunha e Didier Jr (2016, p. 207) defendem essa ideia, com a visão de que essa nova fase guarda a necessidade de uma nova sentença, não uma decisão parcial de mérito, já que “o § 1º do art. 203 do CPC refere-se ao encerramento da fase de co-

nhecimento. A liquidação é outra fase, também de conhecimento, encerrando-se por nova sentença, da qual cabe apelação”.

É um pensamento que prioriza a autonomia da liquidação à sentença em si, como um momento autônomo de conhecimento. Um modo e linha de pensamento que têm coerência, contudo a liquidação somente existe por causa da existência de uma sentença ilíquida, apesar da autonomia existente procedimentalmente, atrelando esta à anterior, como uma complementação, um acessório para aquela outra fase. Partimos para o pensamento de que sentença será somente uma na fase de conhecimento, entendendo outras como decisões interlocutórias que tenham mérito, nas quais a decisão que resolve a liquidação de sentença se enquadra.

2.3.1 O problema da assimetria da apelação e a sistematização do CPC/2015

Desde a alteração no CPC/73, quando se impôs, pelo sincretismo processual, a interposição de agravo de instrumento para a impugnação da decisão que resolve a liquidação de sentença, na dicção daquele art. 475-H, o ordenamento entende que é melhor entender que uma fase posterior à sentença, por mais que defina uma fase de conhecimento, parecendo mais uma sentença do que uma decisão interlocutória – no formato decisório daquele ordenamento –, era impugnável via agravo de instrumento.

O intuito passava pela opção pelo sincretismo processual e o princípio da duração razoável do processo, com a desnecessidade que os autos subam novamente ao tribunal de segundo grau para a reanálise de eventual decisão em liquidação de sentença, optando por um recurso com procedimentalidade e duração menor, justamente o agravo de instrumento. Com isso, pertinente era a definição do agravo de instrumento para tal desiderato, o que foi definido legalmente, para que não houvesse dúvida sobre tal cabimento, ainda que, pelo conteúdo decisório existente naquela decisão, a apelação fosse mais condizente.

Em muitos momentos, a norma deve escolher por qual simetria optar, de forma que, diante da Lei 11.232/2005, optou-se pela celeridade processual, sincretismo e duração razoável do processo em detrimento do melhor encaixe semântico da apelação como recurso cabível. Com o advento do CPC/2015 e a mudança na conceituação da sentença, não guardando somente relação com o seu conteúdo, mas com o formalismo do encerramento da fase de cognição, igualmente há de imaginar que a

intenção foi colocar a decisão que resolve a liquidação como uma interlocutória, ainda que seja de conteúdo meritório, mas totalmente impugnável via agravo de instrumento.

Se entendermos essa decisão como uma sentença e, conseqüentemente, melhor a aplicabilidade da apelação como recurso correspondente, este levaria o processo como um todo ao tribunal, com um trâmite bem mais complexo e demorado, priorizando uma simetria entre o conteúdo da decisão e o recurso, todavia esquecendo de todo o entrave que causaria para o processo como um todo, contradizendo todos os princípios inerentes a celeridade processual, sincretismo e duração razoável do processo.

O dispositivo abre flanco para alguma dúvida, pois faz vinculação genérica às decisões interlocutórias proferidas em liquidação de sentença. Ora, é possível que estas sejam traduzidas como as decisões interlocutórias proferidas no curso da liquidação (ou seja, do início até a decisão final) ou com abrangência a todas as decisões em sede de liquidação (inclusive a que dá desfecho à liquidação, ou seja, a decisão final). [...] De toda sorte, ao que parece, a ideia é que o agravo de instrumento seja a espécie recursal adequada para atacar qualquer decisão interlocutória proferida nas duas modalidades de liquidação, incluindo no seu espectro as decisões finais (MAZZEI, 2016, p. 370).

Uma opção deve ser feita e entendemos que o CPC/2015 primou por manter não somente a recorribilidade da decisão que resolve a liquidação como impugnável por agravo de instrumento como também o enquadramento desta como decisão parcial de mérito, tornando esta fase mais condizente com todos os princípios que a própria novel norma processual carrega em detrimento de uma mera correspondência semântica entre uma decisão com conteúdo de sentença e a apelação.

2.3.2 O agravo de instrumento na liquidação de sentença

A liquidação da sentença é o momento após o trânsito em julgado – ou paralelamente à decisão ou sentença se for uma liquidação provisória –, prossegue com a demanda, para a delimitação do *quantum debeatur* da sentença. Se o juízo proferiu uma sentença ilíquida, diante de uma resposta a um pedido genérico, não há como se pleitear o cumprimento sem, antes de tudo, transformar aquela decisão em um valor líquido passível de ser pleiteado o seu cumprimento e a efetivação do direito

existente para aquela parte. Não há como cumprir e executar este título com um valor ilíquido, sem imaginar e apurar qual o devido valor oriundo do direito concedido na decisão.

O processo, nesta fase, almeja transformar o conteúdo decisório descrito na decisão ou sentença em um valor líquido, interpretando o que foi ali decidido. Em consonância, é correto afirmar que “há dois procedimentos de liquidação de sentença previstos na lei: o da liquidação por arbitramento e o da liquidação pelo procedimento comum, que é a antiga liquidação por artigos, cabível sempre que se estiver diante da necessidade da alegação e prova de fato novo” (WAMBIER et al., 2015, p. 838).

Se a função da liquidação passa por uma decisão sobre a qual se define o *quantum* do direito anteriormente especificado, qual será a recorribilidade das decisões proferidas neste rito? A concepção dessa resposta dependerá do momento da decisão na liquidação: decisões durante o procedimento e a decisão que o resolve.

2.3.2.1 O agravo de instrumento e as decisões interlocutórias que não resolvem a liquidação de sentença

O CPC/2015, mediante o artigo 1.015, parágrafo único, determina que todas as decisões interlocutórias na fase de liquidação de sentença são agraváveis. Essa é uma assertiva que procede no novel ordenamento e que representa uma alteração normativa no que tange à codificação anterior, já que, anteriormente, não havia essa recorribilidade ampla, somente cabendo o agravo de instrumento da decisão final sobre a liquidação.

Na fase de liquidação de sentença, na de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário e partilha, toda e qualquer decisão interlocutória é agravável. Não há limitação. São atípicos os casos de decisões interlocutórias agraváveis, cabendo examinar, concretamente, se há interesse recursal (CUNHA; DIDIER JR., 2016, p. 225).

Com este ponto, houve, na verdade, uma ampliação do cabimento do agravo de instrumento para qualquer decisão na liquidação de sentença, visto que no CPC/73, mediante o antigo artigo 475-H, somente a decisão geral sobre a liquidação, com a definição do *quantum debeatur*, era enfrentável por agravo de instrumento.

No CPC/73, todas as decisões interlocutórias internas da liquidação de sentença permitiam somente o agravo retido, sem a possibilidade de recorribilidade imediata, guardando a revi-

são para a preliminar do agravo de instrumento contra a decisão final. A novel codificação adotou nova sistemática, com a ampla recorribilidade destas decisões interlocutórias inseridas da fase de liquidação de sentença, ainda que não seja a decisão que resolve a mesma. Qualquer que seja a decisão interlocutória proferida em liquidação de sentença, caberá o agravo de instrumento.

O § único do art. 1.015 do CPC retrata hipóteses de decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação, cumprimento de sentença e também afetas ao processo de execução, além de fazer menção ao processo de inventário. Em tais situações, o interesse recursal inerente à impugnação dessas modalidades de decisões interlocutórias exige o acesso imediato ao Tribunal de 2º grau (KOZIKOSKI, 2016, p. 171).

Há, claramente, interesse recursal para as decisões desta fase processual, pela importância que tem para a resolução do mérito da liquidez da sentença outrora proferida.

2.3.2.2 O agravo de instrumento e a decisão parcial de mérito que resolve a liquidação de sentença

Se as interlocutórias internas da fase de liquidação de decisão ou sentença não deixam dúvidas como agraváveis, o ponto de interrogação sobre a recorribilidade recai em um momento processual subsequente a este, no tocante à decisão final da liquidação: qual seria o caráter decisório presente na resolução da liquidação? Como o parágrafo único do artigo 1.015 coloca "as decisões interlocutórias da fase de liquidação de sentença", não especificando que a decisão que a resolve seria uma decisão interlocutória, talvez permitiria uma interpretação de que a decisão que julga o *quantum debeatur* não é interlocutória, não comportando agravo de instrumento.

Essa interpretação de que a decisão que resolve a fase de liquidação seria uma sentença considera que é uma nova fase de conhecimento, com a abertura cognitiva e um mérito próprio, com autonomia sobre a decisão anterior. Nesta visão, seriam duas sentenças, com a possibilidade de duas apelações, o que não há meios de entender-se como viável e, conseqüentemente, não merece prosperar.

Em sentido contrário, Cunha e Didier Jr (2016) entendem que a fase da liquidação, por autonomia à fase anterior e por formar um novo conhecimento, limitado materialmente, mas um novo conhecimento, necessita que a decisão que a resolve seja,

nos moldes do art. 203, § 1º, também uma sentença, impugnável, portanto, por apelação. Um argumento com o qual não concordamos, mas que tem um notável peso doutrinário: “A liquidação é outra fase, também de conhecimento, encerrando-se por nova sentença, da qual cabe apelação” (CUNHA; DIDIER JR, 2016, p. 208).

Outra visão ainda mais inviável seria imaginar que a primeira decisão seria a interlocutória, com a definição do direito somente, deixando-o ilíquido, para posteriormente proceder pela liquidação, com a real sentença, encerrando por completo a fase cognitiva. Se fosse viável esta hipótese, a conjunção recursal seria um agravo de instrumento na primeira decisão – quanto à qual não há dúvidas ser sentença – e, conseqüentemente, apelação da segunda decisão, que seria a sentença, considerando essa linha de pensamento. No entanto, não há plausibilidade nesta visão e mesmo Neves (2016), que defende essa natureza jurídica, entende como inviável a recorribilidade dessa maneira, optando por visualizar uma apelação e um agravo de instrumento, seguindo a ordem de julgamento.

Acredito, entretanto, que será mais um caso de descumprimento de norma legal que não levantará maiores questionamentos. A decisão proferida na fase de conhecimento resolvendo apenas o *an debeatur* continuará a ser entendida como sentença ilíquida recorrível por apelação, enquanto a decisão que, posteriormente, fixar o *quantum debeatur* continuará a ser entendida como decisão interlocutória de mérito recorrível por agravo de instrumento. Mesmo que contra a expressa previsão legal (NEVES, 2016, p. 1051).

A hipótese mais correta é a visualização, como já expusemos, com a recorribilidade da primeira decisão, a qual consideramos sentença, com a apelação e a segunda decisão, uma parcial de mérito, com o agravo de instrumento devido.

O que se quer afirmar é que o juiz, ao resolver a lide de liquidação, o faz por meio de decisão que tem conteúdo típico de sentença de mérito, mas o legislador a classifica como interlocutória de mérito. A regra do parágrafo único do art. 1.015 diz que da decisão da liquidação o recurso cabível é o agravo de instrumento. Trata-se de decisão com conteúdo de sentença de mérito, mas por haver disposição legal expressa desafia o agravo de instrumento (WAMBIER et al., 2015, p. 840).

Apesar de a regra do art. 1.015, parágrafo único, colocar que todas as decisões interlocutórias da fase de liquidação sejam

agraváveis, mesmo a decisão parcial de mérito também classificada como uma espécie de interlocutória, e, por consequência, o enquadramento nestas hipóteses, há uma diferenciação sobre todas as decisões internas da liquidação serem agraváveis e a decisão que resolve, que está interligada, a nosso entender, ao fato de essa decisão ser parcial de mérito, com base no art. 356, § 5º.

2.4 As sentenças de improcedência e declaratórias negativas: liquidação e cumprimento invertido de título favorável ao réu

Outro aspecto importante e que merece reflexão diz respeito à possibilidade de liquidação e cumprimento de sentença de títulos favoráveis ao réu. A indagação a ser enfrentada é se, nestes casos, há a necessidade de reconvenção para ver reconhecida a eficácia executiva em favor do réu (reconvinte). Vejamos um exemplo: nos casos de ação declaratória negativa de débito tributário, no momento em que a sentença julga improcedente o pedido, há eficácia executiva em favor do réu, que, neste contexto, seria dispensado de ajuizar reconvenção, podendo requerer o cumprimento invertido do *decisum*. Em última análise: será que, ao julgar improcedente o pedido contido em demanda declaratória negativa, há o reconhecimento de obrigação a ser cumprida pelo autor?

A solução do problema passa, necessariamente, pela análise do art. 515, I, do CPC/2015. No caso em questão, a partir do momento em que o autor promove demanda buscando a declaração negativa de relação jurídica obrigacional, a resolução de mérito de forma improcedente está *declarando e certificando a existência da mesma*.

Logo, pela leitura do dispositivo, o *decisum* gerará declaração positiva e, conseqüentemente, eventual título executivo em favor do réu, a ser liquidado e cumprido pelo autor original, numa clara inversão dos polos processuais.

Neste caso, a melhor interpretação indica a desnecessidade de reconvenção ou mesmo outra demanda visando ver compelido o autor original a satisfazer a obrigação que foi declarada na referida decisão judicial. Aliás, a rigor sequer seria hipótese de reconvenção, tendo em vista que se trata da mesma relação jurídica objeto da declaratória, e não relação distinta e conexa, como consagra o art. 343 do CPC/2015.

Neste caso, a eventual liquidação é promovida pelo réu originário, visando o alcance do *quantum debeatur* para futuro cumprimento de sentença invertido.

Portanto, ao julgar improcedente ação declaratória negativa (como no caso da relação jurídica tributária), a sentença não será meramente declaratória, visto que trará eficácia executiva invertida favorável ao réu.

Esta questão não é nova em sede doutrinária. No STJ o tema já foi tratado seguidas vezes. Vale citar decisão oriunda da 1ª Turma do Tribunal:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUTIVIDADE DE SENTENÇA. IMPROCEDÊNCIA DE AÇÃO DECLARATÓRIA NEGATIVA. RECONHECIMENTO, EM FAVOR DO DEMANDADO, DA EXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO DE PAGAR. INCIDÊNCIA DO ART. 475-N, I, DO CPC. MATÉRIA DECIDIDA PELA 1ª SEÇÃO, SOB O REGIME DO ART. 543-C DO CPC. ESPECIAL EFICÁCIA VINCULATIVA (CPC, ART. 543-C, § 7º). 1. Nos termos do art. 475-N, I do CPC, é título executivo judicial “a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência da obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia”. Antes mesmo do advento desse preceito normativo, a uníssona jurisprudência do STJ, inclusive em julgamento de recurso representativo de controvérsia (REsp 1.114.404, 1ª Seção, Min. Mauro Campbell Marques, DJ de 01.03.10), já atestara a eficácia executiva da sentença que traz definição integral da norma jurídica individualizada. Não há razão alguma, lógica ou jurídica, para submeter tal sentença, antes da sua execução, a um segundo juízo de certificação, cujo resultado seria necessariamente o mesmo, sob pena de ofensa à coisa julgada. 2. Nessa linha de entendimento, o art. 475-N, I do CPC se aplica também à sentença que, julgando improcedente (parcial ou totalmente) o pedido de declaração de inexistência de relação jurídica obrigacional, reconhece a existência de obrigação do demandante para com o demandado. Essa sentença, como toda a sentença de mérito, tem eficácia de lei entre as partes (CPC, art. 468) e, transitada em julgado, torna-se imutável e indiscutível (CPC, art. 467), ficando a matéria decidida acobertada por preclusão, nesse ou em qualquer outro processo (CPC, art. 471), salvo em ação rescisória, se for o caso. Precedente da 1ª Seção, julgado sob o regime do art. 543-C do CPC: REsp 1.261.888/RS, Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 18/11/2011. 3. Recurso especial provido (REsp 1.300.213-RS – 1ª Turma – Rel. Min. Teori Albino Zavascki – J. em 12.04.12, DJe de 18.04.12).

Note-se que há a possibilidade de inversão dos polos processuais no momento da liquidação e cumprimento do título executivo: formação de título favorável ao réu originado de demanda contra si proposta.

No caso específico da sentença proferida em ação declaratória de inexistência de relação jurídica material, há a possibilidade de formação de título judicial invertido, com cumprimento da obrigação de pagar em favor do réu originário, que, nesta fase procedimental, será exequente.

3 A inclusão da liquidação no parágrafo único do art. 1.015

O CPC/2015 optou pela escolha de um rol taxativo da recorribilidade do agravo de instrumento na fase de conhecimento, o qual, em sua grande maioria, está delimitado nos incisos do art. 1.015. O que fazer, então, com as hipóteses não agraváveis? Aguardar a recorribilidade da sentença, com a não preclusão imediata, podendo interpor a apelação, se sucumbente na sentença, ou nas contrarrazões, se vencedor.

Entretanto, na liquidação e cumprimento de sentença, no processo de execução e inventário, conforme a dicção do parágrafo único do mesmo art. 1.015, há a liberdade da interposição do agravo de instrumento em qualquer decisão interlocutória. Ou seja, restrição à recorribilidade interlocutória na fase de conhecimento e liberdade nestas outras hipóteses. Qual o motivo dessa escolha? A explicação está na ausência ou ineficiência da apelação nestas fases, o que torna inócua a transferência da recorribilidade de interlocutórias para uma eventual apelação ou contrarrazões.

No caso da liquidação de sentença, o intuito da liberdade da recorribilidade de todas as interlocutórias para a sua fase está na inexistência de uma sentença, mesmo que haja uma decisão com conteúdo material de encerramento de cognição, e, conseqüentemente, nem há apelação, o que importa em todas as decisões interlocutórias serem agraváveis, seja aquela do meio da fase liquidatória ou, ainda, aquela que a resolve.

Nesse passo, a disposição aqui comentada resolve uma questão que se colocava na vigência do CPC/73 reformado na seguinte situação: havia decisões proferidas no curso da liquidatória que deveriam ser atacadas por agravo retido (segundo-se a regra geral do art. 522 reformado pela Lei n. 11.187/2005), em que pese não haver ao final dessa fase uma decisão passível de apelação (em cujo procedimento o agravo retido poderia ser reiterado) (SICA, 2016, p. 1.338).

Caso fosse possível entender que a decisão que resolve a liquidação de sentença fosse também uma sentença, cabendo a apelação, por qual motivo as interlocutórias dessa fase seriam

agraváveis, se poderiam ser arguidas em eventual preliminar de apelação ou contrarrazões que impugnariam a decisão que resolve a liquidação? A liberdade das decisões interlocutórias – todas – da fase de liquidação foi ampliada, justamente por não existir uma apelação para esta fase, o que inviabilizaria a alegação de eventuais interlocutórias neste momento, com a necessidade de preclusão e recorribilidade imediata para qualquer das decisões interlocutórias desta fase, sejam as durante o procedimento ou aquela que resolve o mesmo.

O sistema de recorribilidade deve guardar uma simetria. O parágrafo único do art. 1.015 preconiza a liberdade recursal ampla para garantir a recorribilidade de todas as decisões interlocutórias quando não houver meios ou eficácia na impugnação de maneira diferida como contido no art. 1.009, § 1º. Se na fase de liquidação de sentença houvesse a apelação impugnando a decisão que resolve esta fase, haveria essa ineficácia ou ausência de meios de impugnação das interlocutórias anteriores? Evidentemente que não.

Como pensar que na fase de conhecimento há restrição no sistema de recorribilidade das interlocutórias, deixando todas as outras para a apelação, e na liquidação haveria liberdade e apelação ainda. O motivo da ampla recorribilidade está na ausência de apelação nesta fase, o que importa em autorizar todas as decisões serem agraváveis, tanto as internas dessa fase quanto aquela que resolve a liquidação.

É justamente por não haver previsão de cabimento de apelação contra as decisões proferidas em liquidação de sentença, que o legislador reconheceu o cabimento do agravo de instrumento. Logo, contra qualquer decisão proferida em liquidação de sentença, caberá agravo de instrumento (MADRUGA; MOUZALAS; TERCEIRO NETO, 2016, p. 1092).

Se pensarmos a decisão que resolve a liquidação como uma sentença e, conseqüentemente, impugnável por uma apelação, não haveria motivos para essa fase estar contida no art. 1.015 e seu parágrafo único, já que todas as decisões internas dessa fase, se aceitarmos essa hipótese, poderiam ser recorríveis em preliminar de apelação ou nas contrarrazões. Somente é viável a inclusão da fase de liquidação na recorribilidade ampla pelo fato da inexistência de apelação na decisão que a resolve, mantendo o que o antigo ordenamento já dispunha sobre tal recorribilidade.

3.1 A decisão da liquidação de sentença como parcial de mérito e a (im)possibilidade de retratação do juízo *a quo*

Em todo agravo de instrumento há a possibilidade de retratação do juízo de primeiro grau, ainda mais pelo caráter interlocutório da decisão que foi impugnada, com a viabilidade de haver a reversibilidade da decisão ulteriormente proferida.

A dúvida, entretanto, nasce sobre a retratação do juízo de primeiro grau da decisão parcial de mérito. É possível rever uma decisão interlocutória com matéria resolutive de mérito? Essa é a primeira dúvida. Dessa maneira, entendendo que a decisão que resolve a liquidação de sentença também como uma decisão parcial de mérito, com a interposição do agravo de instrumento para impugnar tal decisão, haveria tal possibilidade de retratação pelo juízo *a quo*? Pela regra disposta no art. 1.018, § 1º, há possibilidade de retratação, pelo fato de que se preconiza que “se o juiz comunicar que reformou inteiramente a decisão, o relator considerará prejudicado o agravo de instrumento”.

Não há distinção legal no CPC/2015 entre a retratação e eventual prejudicialidade do agravo de instrumento de uma interlocutória – sem cunho meritório – e a decisão parcial de mérito ou, ainda, aquela que resolve a liquidação de sentença; em todas o juízo de primeiro grau pode, processualmente, retratar-se com a comunicação da reforma de decisão e eventual perda do objeto do agravo.

Entretanto, a análise passa pelo fato de que se a decisão for, em seu conteúdo, parcial de mérito – ou mesmo a que resolve a liquidação –, é, de certa maneira, uma sentença antecipada, uma resposta jurisdicional concedida da análise daquele pedido em específico que o juízo decidiu bipartir, ou complementar, processualmente para julgar separadamente.

A sentença, ao ser proferida, é revestida de perfeição como ato processual, representando a concepção de resolução para aqueles fatos e demanda naquele momento, não podendo o juízo, por si, alterá-la (salvo casos de erro material). Mesmo quando interposta uma apelação, a sentença ali prolatada não será alterada pelo juiz, nem que concorde com todos os termos do recurso em si, já que cabe por competência ao tribunal realizar o julgamento da revisão recursal. Entretanto, em algumas hipóteses, pode o juiz, aquele que prolatou a sentença, por causa da interposição da apelação, reanalisar sua decisão e o recurso, retratar-se anulando sua decisão e prosseguindo com o processo daquela fase em que houve a sentença. A possibilidade de retratação é a manifestação do efei-

to regressivo, escasso na apelação, mas existente em três situações: indeferimento da inicial (artigo 331), improcedência liminar (artigo 332, § 3º), ou quaisquer dos casos de sentença terminativa (artigo 485, § 7º), todos no prazo de 5 dias (LEMOS, 2016, p. 184).

De certa forma, é incongruente que a sentença tenha uma rigidez em que a retratação somente ocorra em situações específicas – indeferimento da inicial, improcedência liminar e sentença sem julgamento do mérito – e a decisão parcial de mérito tenha uma amplitude maior aos poderes de retratação do juízo. Considerando que a decisão que resolve a liquidação também é uma parcial de mérito, o mesmo problema da possibilidade de retratação está presente. Não há um óbice *ex lege* para que o juízo de primeiro grau se retrate em eventual agravo de instrumento interposto contra decisão parcial de mérito, sobretudo quando for aquela que resolve a liquidação de sentença, o juízo não deve reanalisar a decisão quanto à alegação de *error in judicando*, limitando-se à eventual retratação para *error in procedendo*, pelo fato de que a sentença não comporta a retratação pela simples interposição da apelação, a qual deve ser seguida nesta hipótese de agravo de instrumento.

Conclusão

A liquidação de sentença foi um instituto que se alterou no CPC/73, não em sua totalidade ou sentido geral, mas em muitos pequenos pontos para uma adequação melhor para a sua praticidade. Ou seja, alguns pontos foram alterados com um sentido de proporcionar uma melhoria no instituto e sua vida prática.

No entanto, dentre essas alterações, o estudo demonstra que a alteração da recorribilidade foi um ponto obscuro, sobre o qual o novel ordenamento deixou mais lacunas do que explicações, uma vez que houve a mudança geral para a impugnabilidade geral de toda e qualquer interlocutória durante a fase de liquidação, o que era inviável no CPC/73, com a possibilidade de arguição das interlocutórias somente no agravo de instrumento da decisão que resolvia a liquidação.

A dúvida levantada neste estudo e com propostas de resolução está justamente sobre esta questão: qual recurso intentar da decisão que resolve a liquidação? O CPC/73 deixava bem claro, mediante o revogado art. 475-H, sobre a interposição do agravo de instrumento, fato que não ocorre no CPC/2015, apesar da existência da liquidação de sentença no art. 1.015, em seu

parágrafo único. Porém, nesse dispositivo, há a menção de que as decisões interlocutórias inseridas da fase da liquidação são passíveis de agravo de instrumento, em nada dispondo sobre a decisão de resolução dessa fase, tampouco se a decisão que a resolve será ou não uma interlocutória.

Com isso, há a necessidade de determinação sobre a natureza jurídica dessa decisão, justamente para alcançar a sua real impugnabilidade, com todos os aspectos processuais e procedimentais consequenciais dessa visão. No estudo, desenvolvemos todas as possibilidades, desde a visão sobre a possibilidade de ser uma nova sentença até a visão de que a decisão parcial de mérito alcança qualquer fase, posicionamento a que chegamos como conclusivo.

Diante de tal posição, de que a decisão será uma interlocutória, ainda que de mérito, a recorribilidade se torna consequencial, ou seja, realizada via agravo de instrumento.

Referências

- BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2ª ed. 2016. Disponível em: <<https://inte-grada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597005967/>>.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Direito probatório, decisão judicial, cumprimento e liquidação da sentença e coisa julgada**. 5ª ed. Salvador: JusPodivm, 2008.
- KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Sistema Recursal: CPC 2015: em conformidade com a Lei 13.256/2016**. Salvador: Jus Podivm, 2016.
- LEMOS, Vinicius Silva. **Recursos e processos nos tribunais no novo CPC**. 2. ed. São Paulo: Lexia, 2016.
- MADRUGA, Eduardo; MOUZALAS, Rinaldo; TERCEIRO NETO, João Otávio. **Processo Civil** - Volume Único. 8. ed. revisada, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2016.
- MAZZEI, Rodrigo. Liquidação de sentença: breve ensaio a partir do CPC/2015. In: DIDIER JR., Fredie et al. (Org.) **Coleção Novo CPC** - Doutrina Seleccionada - v. 4 - Execução. 2. Ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- MILHORANZA, Mariangela Guerreiro; MOLINARO, Carlos Alberto. Liquidação e cumprimento da sentença e o novo código de processo civil. In: **Execução civil e temas afins**. ARRUDA ALVIM, Eduardo et al. São Paulo: RT, 2015.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 16. ed. São Paulo: RT, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

SICA, Heitor. Art. 1.015. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo. (Org.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. SaPo Paulo: Saraiva, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**, II. São Paulo: RT, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**. 1. ed. São Paulo: RT, 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Art. 51. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo. (Org.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. SaPo Paulo: Saraiva, 2016.

Os limites da justiça no direito romano-germânico segundo Michel Foucault

David Santos Salomão

Mestrando em Direito, na área Ordem Jurídica Constitucional, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGD-UFC) Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade entre Rios do Piauí

RESUMO

O artigo busca explicar sobre o surgimento do inquérito, da prova testemunhal, do juiz e do procurador das partes dentro da análise de Michel Foucault no Direito Germânico, tendo como contexto Grécia e o processo na Idade Média. O conceito de justiça no contexto medieval é distinto dos paradigmas modernos, e o processo tinha a função de legitimar a força como uma extensão das guerras.

Palavras-chave: Foucault e o Direito. Direito Processual Civil Medieval. Direito Romano-Germânico.

ABSTRACT

The article seeks to elaborate on the emergence of the investigation, the evidence of witnesses, the judge and the prosecutor of the parties within the analysis of Michel Foucault on the Right, having as the context Greece and the process in the Middle Ages. The concept of justice in ages is distinct from the modern paradigms, and the process had the function of legitimizing the force as an extension of the war.

Keywords: Foucault and the Law. Civil Procedural Law Medieval. Romano-Germanic System.

Introdução

O estudo dos limites que a atuação do Poder Judiciário tem na sociedade é uma preocupação dinâmica no bojo da construção do Estado, e na evolução do Direito como regulador das condutas sociais. O surgimento de instrumentos para legitimar a ação do Estado fez-se necessário na medida em que o convívio em sociedade traz como pressuposto a criação de um regramento

mínimo para as ações dos cidadãos, bem como a imposição do poder Estatal e a coerção mínima existente no mesmo, para garantir a possibilidade de uma vivência em comunidade.

O aparecimento das instituições, de um procedimento para a averiguação da justiça, da figura do juiz e do procurador das partes foi consequência e necessidade desse convívio em comunidade, fruto de um pacto social e que traz em sua essência o próprio Direito como forma de legitimação do poder e do Estado. Observando a construção dos institutos inerentes à própria ciência jurídica, percebe-se que muito se evoluiu, mas, em contrapartida, muitas teorias que surgiram em sociedades antigas e medievais têm sua aplicabilidade na conjuntura moderna.

Nesse estudo explanar-se-á sobre o surgimento do processo no período medieval e dos meios e tipos de provas, contextualizando a busca pela verdade na Grécia e para que seja possível uma análise mais minuciosa de como operava o Direito na Idade Média, especificamente o Direito Germânico, e elucidar uma análise da influência dos conceitos usados nesta época.

1 Teoria do processo nos julgamentos gregos

A busca pela verdade é matéria amplamente discutida desde a Grécia Antiga, muito embora os parâmetros para sua definição, e mesmo o conceito de justiça, foram sendo alterados com a modificação das estruturas sociais. A ideia de que verdade é aquilo que pode ser provado é uma consideração já presente nos gregos, contudo o tipo de prova que traria em sua essência aquilo que é verdadeiro nem sempre teve o mesmo conteúdo.

Um dos primeiros relatos que trazem em seu bojo a busca da verdade é narrado por Homero em *Ilíada*, quando diante de uma corrida de carros entre Menelau e Antíloco ocorre uma irregularidade nas palavras do primeiro, e o último contesta tal afirmação. A disputa travada entre os dois traz a necessidade de uma comprovação do verdadeiro, e o critério para a escolha da prova mais coerente nesse contexto não é uma testemunha (que existe no momento da chegada dos competidores), e sim a provação de um juramento perante Zeus de que não houve nenhuma irregularidade. Antíloco, que agiu de maneira imprudente e considerada desleal, opta por não fazer o juramento e dar a vitória para Menelau (HOMERO, 2009, p. 1418-1419):

O divo Menelau, sentido iroso, do arauto, que silêncio impôs aos Gregos, tomado arvore o cetro: "Que é da tua honra e prudência, Antíloco? Infamaste meu valor, meus corcéis, de encontro a eles. Os teus de me-

nos brio atravessando; príncipes Gregos, sem favor julgai-nos; ninguém diga: — mentindo e prepotente o Atrida obteve do Nestório o prêmio; pois, se ronheiros os cavalos tinha, em violência e furor o avantajava. — “Eu mesmo o julgarei, nem cuido que haja, Dânao que o desaprove: ao rito nosso, de Jove aluno Antíloco, ante o carro, o flagelo empunhando que agitavas, tange os cavalos, por Netuno jura que o meu curso impediste involuntário”.

Ainda no contexto da Grécia Antiga, outro tipo de prova que pode ser apontado é o surgimento da figura da testemunha como forma de obter a realidade dos fatos. Denota-se que a busca pela comprovação das alegações subsiste na história de Édipo Rei de Sófocles, mas o critério imanente ao verdadeiro modificou-se.

Apesar de Édipo utilizar os antigos meios de aferição da verdade (como se observa do juramento que fez ao prometer que punirá o responsável pela morte do rei Laio), merece ser estabelecido um grande destaque para o meio probatório jurídico formulado, que se trata da testemunha. Em sua história está presente uma maldição que o assombra e o fez fugir do local que vivia para Tebas, quando na verdade, ironicamente, esta é justamente sua terra natal.

A trama desenvolve-se no momento que Édipo mata seu próprio pai em um entroncamento de três caminhos quando chegou à cidade de Tebas (sem necessariamente saber que ele era o seu pai) e posteriormente desposa Jocasta, viúva do rei Laio e, conseqüentemente, sua própria mãe. O enredo de Édipo-rei começa quando ele é deixado para morrer e no Monte Citerão um pastor coríntio leva-o por piedade para sua cidade, onde foi adotado por Políbio. Já na fase adulta, Édipo abandona Corinto graças a uma profecia que soube ao consultar o oráculo de Delfos: iria matar seu pai e desposar a própria mãe. O fato é que, mesmo com a tentativa de escapar de seu destino, Édipo tem seu fim profético selado, furando seus próprios olhos (SÓFOCLES, 1984, p. 35).

Exposta a história de Sófocles, é importante salientar dois aspectos importantes que podem ser depreendidos: o surgimento do papel decisivo da testemunha através da lei das metades e da perseguição pelo poder. De fato, o meio pelo qual a verdade é aferida distingue-se de juramentos feitos para autenticar uma colocação:

Esta forma, realmente impressionante no Édipo de Sófocles, não é apenas uma forma retórica. Ela é ao

mesmo tempo religiosa e política. Ela consiste na famosa técnica do σύμβολο, o símbolo grego. Um instrumento de poder, de exercício de poder que permite a alguém que detém um segredo ou um poder quebrar em duas partes um objeto qualquer, de cerâmica etc., guardar uma das partes e confiar a outra parte a alguém que deve levar a mensagem ou atestar sua autenticidade. É pelo ajustamento das duas partes que se poderá reconhecer a autenticidade da mensagem, isto é, a continuidade do poder que se exerce (FOUCAULT, 2002, p. 38).

Diante de uma peste que assolou Tebas, Édipo, já como rei e detentor do poder, ao questionar o oráculo de Delfos, obtém uma parte da metade da verdade que procurava, ou seja, que a peste que contaminou a cidade era causada como um castigo dos deuses à conspurcação pelo assassinato do rei Laio. O nome do assassino é dado por um vidente chamado Tirésias, que afirmou que Édipo foi quem cometeu o assassinato, devendo então banir a si mesmo, já que, semelhante ao oráculo, proferiu afirmações proféticas e futuras, e não considerações exatas sobre o presente e passado.

Tanto o adivinho Tirésias quanto Apolo não são exatamente testemunhas de um fato, pois não atestaram o que ocorreu no passado e presente. O destino de Édipo é finalizado quando ocorreu um testemunho involuntário de Jocasta, que afirmou que o rei Laio foi morto em um entroncamento de três caminhos, e de dois escravos, que afirmaram que ele não era filho de Políbio, e o outro confirmou que era filho de Jocasta. Percebe-se que a verdade estava fragmentada em pedaços da verdade que tiveram que ser juntados para que fosse possível dar autenticidade ao fato.

Na história de Sófocles denota-se que a perscrutação do saber edipiano é egocêntrica, tirânica, na medida em que ele quer ver o mundo pelos seus olhos, com um conhecimento altivo e descompromissado do que os deuses pensam ou a sociedade. Ao afirmar que salvou a cidade respondendo ao enigma da esfinge que a destruiria, ressalta que não procurou ninguém e que conseguiu ver e saber sozinho. Contudo, mesmo com seu destino sendo revelado e aproximando-se da profecia, a maior preocupação de Édipo foi a perda de seu poder, e não propriamente matar seu pai (FOUCAULT, 2002, p.42-43). Ao ignorar as leis e querer fazer a sua vontade, ignorando o povo e os deuses, Édipo foi vítima da lei das metades e de um saber visto da perspectiva de um terceiro, que em seu excesso de poder e de saber, rendeu-se e ruiu ao conhecimento simples dos pastores (FOUCAULT, 2002, p. 48).

Dessa forma, fica clarificada mais uma forma de prova pela busca pelo saber. Enquanto na obra *Ilíada* verificou-se que o juramento poderia ser um teste (provação) para a autenticidade de um argumento ou acusação, em *Édipo-rei* demonstra-se uma figura tradicional presente nas ciências jurídicas: o saber de um terceiro obtido pela inquirição do mesmo, que, quando unida a outro testemunho, ou a outros fatos, é capaz de completar o enigma, de juntar as peças de uma verdade.

2 Os tipos de provas no direito germânico medieval

Feita uma análise sobre o surgimento da busca de um saber baseado em juramentos e na figura da testemunha na Grécia Clássica, observa-se que a partir de Platão houve uma antinomia entre poder e saber, na proporção em que os filósofos seriam aqueles mais próximos da luz, do Sol, do saber, enquanto os políticos que detêm o poder seriam ignorantes, e o povo poderia dar testemunho da verdade: “se há o saber, é preciso que ele renuncie o poder” (FOUCAULT, 2002, p. 51). Essa separação foi rediscutida posteriormente até a modernidade, quando o paradigma foi mudado para uma perspectiva de que atrás do poder político existe uma trama, o poder é arquitetado através do saber (FOUCAULT, 2002, p. 51).

A história do direito grego representa a evolução da história do próprio Direito, tendo em vista que através do seu estudo é possível identificar formas da elaboração da busca pela verdade. Em primeira análise pode-se afirmar que houve uma preocupação científica e racional com a produção da verdade, sendo verificado que condições e quais métodos deveriam ser utilizados, surgindo a Filosofia e os sistemas científicos e racionais. Em um segundo exame, a formação do conhecimento e sua autenticidade deram abertura para o surgimento da retórica grega, pois desenvolveu-se a arte de persuadir e de tentar convencer o interlocutor de sua perspectiva. Em uma terceira análise, surgiu o conhecimento não somente obtido por aquele que tem o poder, ou mesmo por aquele que tem a preocupação com a produção científica do mesmo, mas sim o mero relato, o testemunho de qualquer um que detém o conhecimento de ter visto, obtido pelo inquérito, pela lembrança (FOUCAULT, 2002, p. 54).

Em um outro contexto histórico, na Idade Medieval, o estudo da busca pelo saber no antigo Direito Germânico remonta a uma perspectiva ainda arcaica da produção de provas e do processo, pois tratava-se de um procedimento que mais se assemelhava a um duelo e legitimação da força entre os envolvidos.

Nesse enleio, não havia representação da sociedade ou do Estado, à medida que só existiria processo entre a vítima ou algum parente que assumisse a causa e o agressor ou ofensor. O Direito era visto como uma continuação e legitimação da guerra, pois não se tinha a perspectiva de um terceiro que intervia no processo para inquirir as partes ou testemunhas, mas a concepção de justiça baseada em duelos, em vingança. Se um indivíduo mata outro, alguém da família do que foi morto irá poder vingá-lo matando sob as mesmas condições, ou seja, deve-se seguir um determinado procedimento para a execução da vingança, e não somente uma guerra individual e arbitrária. As leis existiam como forma de vingança judiciária para traçar parâmetros mínimos para que seja feita a justiça em uma concepção de proporcionalidade idêntica, podendo haver a eleição de um árbitro para que seja mensurada uma indenização em quantia para ganhar o direito à paz e cessar a vingança da parte lesada (FOUCAULT, 2002, p. 55-57).

No direito medieval houve predomínio do Direito Germânico, que trazia em seu conceito de processo o sistema de provas, no qual, semelhante ao exposto anteriormente, havia não uma busca pela verdade, mas sim uma comprovação do mais forte, de quem tinha mais importância. O inquérito nas bases do Direito Romano e Grego somente reaparece na história do direito feudal nos séculos XII e XIII, quando há o surgimento da inquisição na Igreja Católica Romana, visando combater o sectarismo religioso e solidificar a doutrina católica em toda a Europa.

Conforme elucidado, o sistema de provas no direito feudal não se baseava na perscrutação do verossímil, em dizer que alguém é inocente, mas em garantir que ganhe aquele que tenha mais relações sociais, tenha domínio do vernáculo, seja fiel à religião ou seja mais forte fisicamente. Dessa forma, o primeiro tipo de provas eram as sociais, ou seja, da relevância social do indivíduo; para que um indivíduo fosse inocentado, bastaria, por exemplo, que reunisse 12 testemunhas que juramentassem que ele era inocente, e essas testemunhas deveriam ter relações de parentesco com o acusado. Nessa visão, o peso e a importância de um indivíduo deveriam ser provados para saber do seu apoio em uma possível guerra ou conflito (FOUCAULT, 2002, p. 59).

Em segundo plano, havia as provas verbais, nas quais o acusado deveria pronunciar algumas fórmulas para garantir sua inocência, e o simples erro gramatical destas implicaria a sua culpa. Importante no desenvolvimento de prova verbal é que se fez o surgimento do advogado, pois, nos casos em que os acusados

fossem menores, mulheres ou padres, poderiam ser substituídos por uma pessoa que pronunciaria as fórmulas por eles, que posteriormente se tornaria o procurador das partes (FOUCAULT, 2002, p. 60).

Em terceiro lugar, havia as provas de juramento, consideradas de cunho mágico e religioso, e aquele que hesitasse ou se recusasse a prestar o juramento seria considerado culpado. Em quarto plano, havia as provas físicas, também conhecidas como ordálios. Nesse tipo de prova, o acusado aceitaria uma prova corporal, como andar em ferro em brasa, ser amarrado e colocado em um rio, e, se superasse o desafio, seria considerado inocente (no primeiro caso, não tendo cicatrizes nos pés após dois dias e, no segundo caso, se conseguisse não se afogar). Dessa forma, nesse tipo de prova o Direito era de fato um prolongamento da guerra, pois, nas disputas por propriedades, os senhores submetiam-se a um combate fiscalizado por um assistente que verificava o cumprimento das regras estabelecidas (o duelo deveria ser realizado com tempo determinado e tipo específico de armas), e quem ganhasse a disputa ganhava o processo (FOUCAULT, 2002, p.60 -61):

No sistema da prova judiciária feudal trata-se não da pesquisa da verdade, mas de uma espécie de jogo de estrutura binária. O indivíduo aceita a prova ou renuncia a ela. Se renuncia, se não quer tentar a prova, perde o processo de antemão. Havendo a prova, vence ou fracassa. Não há outra possibilidade. A forma binária é a primeira característica da prova.

A segunda característica é que a prova termina por uma vitória ou fracasso. Há sempre alguém que ganha e alguém que perde; o mais forte e o mais fraco; um desfecho favorável ou desfavorável. Em nenhum momento aparece algo como a sentença tal como acontecerá a partir do fim do século XII e início do século XIII. A sentença consiste na enunciação, por um terceiro, do seguinte: certa pessoa tendo dito a verdade tem razão, uma outra tendo dito uma mentira não tem razão. A sentença, portanto, não existe; a separação da verdade e do erro entre os indivíduos não desempenha nenhum papel; existe simplesmente vitória ou fracasso.

Portanto, além de a sentença não representar uma busca pela verdade, e sim pelo mais forte, o procedimento ocorria de forma automatizada, na medida em que a figura de um terceiro somente se fazia necessária pela regularidade do processo, e por fim no processo será provado quem tem mais força e maior relevância social, e não quem disse a verdade.

3 O conceito de justiça na Baixa Idade Média e o aparecimento do Estado

O paradigma até então exposto será mudado nos séculos XII e XIII com o reaparecimento do inquérito e profundas alterações políticas, econômicas e sociais na história europeia. O direito baseado em uma comprovação de forças, uma disputa entre particulares, está fundado em conceitos como a acumulação de riquezas e armas. Na Alta Idade Média desenvolveu-se um pensamento formulado a partir da perspectiva da circulação de bens na sociedade, tendo em vista que para um indivíduo ter acesso a bens, armas e mercadorias, ou seja, ter acesso ao poder, os mecanismos que predominaram eram a transmissão hereditária ou pela guerra.

A guerra ou uma contestação belicosa são institutos inerentes ao desenvolvimento da sociedade feudal, pois, se o direito era uma legitimação do conflito belicoso e servia para dar um procedimento ao mesmo, ganhava quem tinha mais influência, mais armas, mais poder. A contestação bélica de um bem era a maneira mais viável para que aquele que não detivesse uma grande herança pudesse adquirir bens e chegar ao poder.

Como consequência das lutas travadas, a concentração do poder em uma única pessoa foi tornando-se evidente, e a figura do monarca surgiu e, conseqüentemente, o Estado. A necessidade posterior de segurança para que o comércio fosse implementado deu um poder reconhecido como absoluto ao rei e deu origem à formação dos Estados Nacionais e, posteriormente, das monarquias absolutistas. A comercialização de mercadorias entre os feudos deu origem aos burgos e a uma nova classe social: a burguesia. Graças à descentralização de poder que predominava no feudalismo, o comércio era prejudicado, pois por diversas vezes as mercadorias eram saqueadas, o que acarretava prejuízos aos comerciantes. A figura de um soberano que garantisse a segurança contra invasores externos, a livre circulação entre os feudos e a unificação de um procedimento deu origem ao Estado e a a figura do monarca.

Na Baixa Idade Média e início da Idade Moderna houve uma transição do feudalismo para o capitalismo, à proporção que o regime descentralizado dos feudos foi sendo substituído por um regime centralizado nas mãos de um soberano detentor do poder, das armas, das mercadorias e de bens. Houve profundas modificações na ordem jurídica, pois a justiça não mais seria fruto de um duelo entre particulares, e sim as ordens viriam do soberano e deveriam ser cumpridas por todos; passou a existir um

poder externo soberano que se impõe como poder político e judiciário (FOUCAULT, 2002, p. 65).

Outra importante modificação foi o aparecimento do procurador como representante do Estado, como alguém que se apossa dos procedimentos judiciários e apresenta o dano da conduta do indivíduo ao soberano. Desta forma, o indivíduo que comete dano a outrem não ofende somente ao particular, mas também ao Estado, ao rei, que dita as leis e não pode ser contrariado, ou seja, ele cometeu uma infração. O aparecimento desse conceito é inovador e determinante na história da humanidade, tendo em vista que a infração ao Estado está presente no contexto contemporâneo, como forma de respeito à legalidade, e também como necessidade de imposição de uma multa ou uma reparação ao Estado. No contexto medieval, a infração representa uma fortificação do poder monárquico, pois o reparo ao soberano aumenta o poder econômico do mesmo a partir das multas estabelecidas pelas infrações e os confiscos (FOUCAULT, 2002, p. 66-67).

Nesta senda, para a realização do processo, não mais se poderia valer de provações físicas, corporais, como se tinha no contexto anterior. Foi necessária a implantação de um novo modelo de busca da verdade: o inquérito. Contudo, esse instituto foi estabelecido bem diferente daqueles vistos nas tragédias gregas, pois o soberano chamava pessoas que conheciam o Direito, os costumes e os títulos para que, juramentadas pela verdade, deliberassem para a solução de determinado litígio:

Este procedimento de inquérito administrativo tem algumas características importantes.

- 1) O poder político é o personagem essencial.
- 2) O poder se exerce primeiramente fazendo perguntas, questionando. Não se sabe a verdade e procura sabê-la.
- 3) O poder, para determinar a verdade, dirige-se aos notáveis, pessoas consideradas capazes de saber devido à situação, idade, riqueza, notabilidade etc.
- 4) Ao contrário do que se vê no final de *Édipo-Rei*, o poder consulta os notáveis sem forçá-los a dizer a verdade pelo uso da violência, da pressão ou da tortura. Pede-se que se reúnam livremente e que dêem uma opinião coletiva. Deixa-se que coletivamente digam o que consideram ser a verdade (FOUCAULT, 2002, p. 69).

Desta forma, o aparecimento da figura do soberano trouxe consigo a modificação no processo judiciário presente na sociedade medieval e, apesar de também ter origens no Império Carolíngio,

a Igreja foi decisiva em seu reaparecimento devido ao procedimento da inquisição adotado. Com isso, o Estado teve uma forma de procedimento para a busca do saber e a realização da justiça.

Conclusão

Considerando o contexto grego e a busca pela verdade, denota-se que as práticas realizadas eram baseadas a princípio nos juramentos de caráter místico e religioso, como forma de um indivíduo provar a sua inocência. Presente na obra de Sófocles, Édipo tem em sua história, além da comprovação com base em promessas e juramentos, uma concepção primitiva do inquerito e do conhecimento da testemunha, que foi capaz de sobrepujar o saber-poder do rei, com o ateste da realidade dos fatos.

Em análise minuciosa presente também na obra de Foucault, a Idade Média em sua predominância foi marcada por conflitos belicosos e disputa pelo poder. As disputas e litígios eram decididos não pela aferição do verdadeiro, mas por quem fosse capaz de cumprir determinados desafios corporais, disputas físicas, ou tivesse maior relevância social, não errasse fórmulas propostas e fizesse juramentos de cunho religioso.

Com as transformações sociais e políticas na Baixa Idade Média, houve o aparecimento do Estado e do soberano como aquele que detém o poder político e judiciário sobre os demais (além de concentrar os poderes executivo e legislativo na clássica separação de Montesquieu). Nesse contexto surgiu o procurador do Estado, o conceito de infração e conseqüentemente as multas e os confiscos para quem as cometesse.

Desta forma, houve o reaparecimento do inquerito como forma de busca pelo saber verdadeiro, no qual aqueles que detêm o conhecimento dos costumes, do Direito e os títulos seriam encarregados de deliberar sobre os litígios para o soberano, substituindo o modelo de provas medievais até então vigente.

Nessa explanação sobre o estudo da prova no processo, depreende-se que a busca pelo saber já teve como parâmetros diversos conceitos de verdade e de justiça. Muito embora mesmo depois da apresentação, no contexto contemporâneo, da essência da justiça como um conceito ainda necessitado de complementação, percebe-se que houve uma considerável evolução em sua formação. É fato que o Direito será sempre permeado, e por vezes colonizado, por outros saberes (que muitas vezes o corrompem), mas a busca pela verdade através dos meios diversos deve ser sempre tarefa árdua a ser efetivada pelo Poder Judiciário e pela sociedade.

Referências

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002.

HOMERO. **Ilíada**. Tradução de Manoel Odorico Mendes. São Paulo: Saraiva, 2009.

Teletrabalho e advocacia estatal

Luís José Bragança da Silva

*Advogado da Casa da Moeda do Brasil – CMB
Presidente da Associação dos Advogados da Casa
da Moeda do Brasil – ADVCMB
Membro Titular da Comissão da Advocacia
Estatual da OAB/RJ*

Guilherme Bohrer Lopes Cunha

*Advogado da Casa da Moeda do Brasil – CMB
Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade
Cândido Mendes – UCAM*

RESUMO

Analisam-se as questões relevantes envolvendo a natureza das empresas estatais, o vínculo trabalhista entre elas e seus empregados públicos, em especial os advogados estatais, bem como a forma como pode dar-se o teletrabalho dessa categoria, visando ao interesse público e à qualidade de vida.

Palavras-chave: Empresas estatais. Empregados públicos. Advogados estatais. Teletrabalho.

ABSTRACT

This article analyzes the relevant issues involving the nature of state-owned enterprises, the employment relationship between them and their public employees, in particular state lawyers, as well as the way in which teleworking in this particular category can be given, and aiming the public interest and quality of life.

Keywords: State-owned Enterprises. Public employees. State lawyers. Teleworking.

Introdução

O objeto deste trabalho é analisar a importância do teletrabalho para o aperfeiçoamento das atividades exercidas pelos advogados das empresas estatais, alinhando as evoluções tecnológicas do mundo atual com as necessidades de melhor

atender ao interesse público e à qualidade de vida daqueles que atuam no setor público.

Primeiramente, serão tratados o regime jurídico dos empregados estatais e a importância da advocacia estatal. Será necessário para isso uma breve exposição acerca da natureza da atuação direta do Estado na economia por meio de empresas públicas e sociedades de economia mista, sendo relevante a observância do texto constitucional, em especial o artigo 173, e de sua regulamentação trazida pela Lei nº 13.303/2016, que, ao deixar de abordar as relações trabalhistas no âmbito das empresas estatais, fez com que permanecessem válidas as disposições constantes da CLT e as influências de regime público. Em razão da relevância da necessidade de controle à luz dos princípios de direito público, a atuação do advogado estatal é de extrema relevância.

Em segundo lugar, aborda-se a evolução dos entendimentos acerca do teletrabalho, passando pela Convenção nº 177/1996 da OIT, pelo artigo 6º da CLT modificado pela Lei nº 12.551/2011, pela Súmula nº 428 do TST e pela Resolução CNJ nº 227/2016, culminando na publicação da Lei nº 13.467/2017, que alterou a CLT para fazer constar expressamente do ordenamento jurídico pátrio as disposições mínimas que devem constar dos contratos de trabalho que prevejam esse tipo de atividade a distância (*home office*). Em relação às empresas estatais, deve o teletrabalho ser regulamentado por meio de cláusulas constantes dos contratos individuais de trabalho e de políticas definidas por cada uma delas.

Por fim, vemos a possibilidade de implantação do teletrabalho para os advogados estatais, cabível tanto na área contenciosa, processos judiciais e outras atuações externas, quanto na área consultiva, elaboração de pareceres e outras manifestações para o cliente interno. Com isso, as empresas estatais devem aperfeiçoar o controle do ponto de vista jurídico exercido por advogados estatais mais motivados, com um aumento de seu desempenho para o trabalho, em razão de diversos fatores benéficos, tais como a redução de perda de tempo com deslocamentos e a possibilidade de passar mais tempo com seus familiares e/ou realizar outras atividades diferentes das cobradas pela empresa.

1 Regime jurídico dos empregados estatais e a importância da advocacia estatal

O Estado pode atuar diretamente nas atividades econômicas, exclusivamente, quando for “[...] necessária aos imperativos

da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo” ou, no serviço público, “atividade indispensável à consecução da coesão social” (GRAU, 2014, p. 123-126), por meio de suas empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista) no âmbito federal, estadual, distrital e municipal.

Empresa estatal (ou governamental) são todas as “entidades, civis ou comerciais, de que o Estado tenha o controle acionário, abrangendo a empresa pública” e “a sociedade de economia mista” (DI PIETRO, 2014, p. 515).

As empresas estatais, leciona Mello (2005, p. 178), são “instrumentos de ação do Estado” enquanto se constituem em entidades “auxiliares do Poder Público [...] voltadas, por definição, à busca de interesses transcendentais aos meramente privados”.

Assim, a atuação empresarial do Estado pode abranger a “prestação de serviços públicos de titularidade estatal”, a “exploração de monopólio” e o “exercício de atividade econômica sujeita à livre iniciativa e em regime de competição com empreendedores privados”, mas, que reste claro, sem se orientar “pela mesma lógica especulativa que estimula os empreendedores privados”, que assumem “riscos em troca de retorno financeiro”, já que a “produção estatal é qualificada por objetivos tipicamente públicos, que nem sempre priorizam a realização de investimentos em função de sua maior rentabilidade ou buscam gerar valor aos acionistas” (PINTO; PINTO JUNIOR, 2013, p. 43-45).

Conforme registra Bemquerer (2012, p. 17 e 198), “são entes de inegável importância no contexto social e jurídico brasileiros”, representando “um setor de inegável importância para a sociedade e para a economia brasileiras”.

O estatuto jurídico das empresas estatais é previsto no artigo 173 da Constituição Federal (CF), sendo que seu §1º traz as disposições que devem ser contidas na lei específica para regular o assunto.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

- II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;
- III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;
- IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;
- V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

A Lei nº 13.303/2016, enfim, foi publicada para atender ao vácuo legislativo existente, definindo os tipos de empresas estatais e trazendo regras para regulamentar quase todos os incisos que constam do texto constitucional, isto é, tratou do regime societário da empresa pública e da sociedade de economia mista, da função social da empresa pública e da sociedade de economia mista, das licitações e dos contratos e da fiscalização pelo Estado e pela sociedade.

Todavia, a citada lei não trouxe disposições concernentes aos direitos e deveres dos empregados públicos que exercem cargos nas empresas estatais, de maneira que continuam as relações trabalhistas a serem reguladas pela mesma legislação aplicável ao setor privado, em especial a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), apenas devendo observar os temperamentos trazidos pela própria CF ou por outras leis específicas, tais como a exigência de prévio concurso público para a admissão (artigo 37, inciso II, da CF).

Carvalho Filho (2009, p. 477 e 486-487) leciona que as empresas estatais não “estão sujeitas inteiramente ao regime de direito privado nem inteiramente ao de direito público”, podendo se dizer que seu “regime tem certa natureza híbrida”, sendo que seu pessoal se submete ao regime trabalhista comum, formando um vínculo jurídico contratual, conforme previsão constitucional.

Aplicam-se, dessa forma, ao empregado público, via de regra, as normas de Direito do Trabalho instituídas pela União (competência privativa prevista no artigo 22, inciso II, da CF), da mesma forma que para os demais empregados celetistas, enquanto “as normas instituídas pelos entes de direito público, tratando de questões trabalhistas aplicáveis aos seus empregados, equivalem ao regulamento de empresa, obrigando apenas as partes ao seu cumprimento”, desde que, é claro, “estejam em consonância com o sistema jurídico-normativo trabalhista federal” (CAVALCANTE; JORGE NETO, 2014, p. 86).

Entre os empregados que constam dos quadros das empresas estatais, os advogados merecem especial atenção por serem, nas palavras de Lamachia (2016, p. 7), “fundamentais no processo democrático”, de maneira que, “mesmo vinculado ao Estado e representando os interesses públicos, o advogado deve ter independência técnica e autonomia para definir as atividades jurídicas a serem praticadas no cotidiano profissional”, pois “[...] praticam advocacia de Estado e não de governo”.

Além disso, a própria Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia), em seu artigo 18, preconiza que a mesma subordinação aplicável aos demais empregados não cabe ao advogado, pois “exercem profissão ou funções diferenciadas que estão albergadas no estatuto profissional próprio”, ou seja, “a relação de emprego, na qualidade de advogado, não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional” (JARDIM, 2014, p. 284). Se essa regra é válida para o advogado que exerce suas atividades em uma empresa privada, muito maior é o dever de observância no que tange às empresas estatais em razão do interesse público envolvido.

Barros (2013, p. 230) considera que “a relação de emprego não retira do advogado a isenção técnica, tampouco a independência indispensável ao exercício da profissão”, representando prerrogativas no ambiente laboral que abarcam tanto o advogado privado quanto o advogado estatal.

A advocacia estatal desempenha relevante missão no “controle da observância aos princípios constitucionais da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência”, concentrando “as expectativas quanto à prevenção de ilícitos e à promoção da segurança jurídica da atividade” da Administração Pública, “mediante atos confiáveis e válidos”. As empresas estatais devem contar com um assessoramento jurídico firme que confira segurança aos “entes estatais, seus gestores e servidores, de acordo com o ordenamento de regência”, refletindo um controle interno intenso e efetivo (FRANKLIN, 2016, p. 203).

Assim, “o correto aparelhamento jurídico das empresas do Estado é instrumento de prevenção de antijuridicidades prejudiciais ao povo, ao seu patrimônio, aos governos, aos agentes políticos, aos entes estatais, aos gestores e aos servidores, fazendo cumprir papel essencial da advocacia pública”; devem os advogados estatais compor quadro técnico qualificado e estruturado, cumprindo “suas funções com independência e autonomia, com garantia de respeito às suas prerrogativas, principalmente porque são indispensáveis para o bom e fiel desempenho da função pública das estatais” (FRANKLIN, 2016, p. 203-204).

Ao contar com um corpo jurídico técnico, isento e capacitado, o interesse público adstrito à determinada empresa estatal vê-se mais bem protegido de influências não republicanas ou ações e omissões ímprobas, impedindo atos irregulares, dolosos ou culposos, por parte dos demais gestores que ali atuam. O advogado estatal, então, possui a importante tarefa de resguardar a coisa pública no momento em que se debruça sobre determinado caso concreto que chegue ao seu conhecimento, seja quando lhe for solicitado um parecer, seja quando deverá atuar na esfera judicial.

2 O teletrabalho (evolução e Lei nº 13.467/2017) e a regulamentação nas empresas estatais

A definição de teletrabalho (trabalho a domicílio, trabalho a distância ou *home office*) consta do artigo 1º da Convenção nº 177/1996 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), não ratificada pelo Brasil¹, como sendo, em síntese, o trabalho remunerado realizado em local escolhido pelo empregado e distinto do local em que o empregador efetua suas atividades regulares.

A utilização do sistema de trabalho a distância traz benefícios inegáveis para o trabalhador, dispensado de se deslocar até a empresa, e para o empregador, que economiza com a redução de recursos alocados em suas instalações, bem como do incremento de produtividade.

O direito positivo brasileiro somente começou a tratar do assunto a partir da alteração sofrida pelo artigo 6º da CLT por meio da Lei nº 12.551/2011, só que, mesmo assim, sem regular o teletrabalho de forma clara, fazendo com que dependesse de acordos feitos entre as partes de determinada relação trabalhista, isto é, por meio de tratativas visando a redução de custos e/ou proporcionar melhores condições de vida ao trabalhador, mas que poderiam ser questionadas judicialmente.

Art. 6º. Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pes-

¹ Conforme pode ser acessado em <http://www.ilo.org/brasil/convencoes/lang--pt/index.htm> e em http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_242947/lang--pt/index.htm. Acesso em: 4 set. 2017.

soais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

O Tribunal Superior do Trabalho (TST), no ano de 2012, promoveu a alteração da redação da Súmula nº 428, que trata do regime de sobreaviso, que passou a dispor que o uso de aparelhos de informática fornecidos pela empresa somente enquadraria o empregado nessa situação quando permanecesse de plantão, podendo ser convocado ao serviço a qualquer tempo.

SOBREAVISO APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT

I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso.

II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.

(redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012 - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012)

Histórico:

Redação original - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011 Nº 428 Sobreaviso (conversão da Orientação Jurisprudencial n.º 49 da SBDI-1)

“O uso de aparelho de intercomunicação, a exemplo de BIP, ‘pager’ ou aparelho celular, pelo empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso, uma vez que o empregado não permanece em sua residência aguardando, a qualquer momento, convocação para o serviço.”

Dessa forma, o regime de sobreaviso e o teletrabalho não se confundem, pois o primeiro configura-se na medida em que o empregado deve estar à disposição da empresa para convocações emergenciais, mesmo durante o horário de repouso; enquanto o segundo representa trabalho exercido regularmente em local diferente da empresa, por meio eletrônico, podendo ser em sua casa ou em outro lugar, desde que durante a jornada normal de trabalho, quando há controle, ou em horários escolhidos pelo próprio empregado.

Especificamente, em relação ao teletrabalho, a jurisprudência trabalhista entende que, em regra, não há que se falar em hora extra quando não se constatar o efetivo controle de horá-

rio por parte do empregador. Confirmam-se as decisões dos seguintes tribunais regionais:

HORA EXTRA - REGIME HOME OFFICE - A situação do empregado em regime home office se equipara à dos empregados que exercem atividade externa, não se submetendo às regras pertinentes à duração de jornada, desde que não tenham horário de trabalho controlado pelo empregador. (TRT-5. 4ª Turma. Recurso Ordinário 64.2006.5.05.0029. Rel. Des. Nélia Neves. 24/04/2008)

TRABALHO EM DOMICÍLIO. HOME OFFICE. AUSÊNCIA DE FISCALIZAÇÃO. O empregado que labora em sua residência, não estando subordinado à fiscalização de jornada, encontra-se enquadrado na exceção prevista no inciso I, do art. 62 da CLT, não fazendo jus, portanto, às horas extras e verbas reflexas. (TRT-11. 1ª Turma. Recurso Ordinário 0002110-76.2012.5.11.0015. Rel. Des. Lairto José Veloso. 18/10/2013)

Fora da seara das relações celetistas, por seu turno, cabe ser citado, em razão da escorreita sistematização realizada, que o Conselho Nacional da Justiça (CNJ), por meio da Resolução CNJ nº 227/2016, passou a regulamentar o teletrabalho no âmbito do Poder Judiciário, buscando a melhoria do clima organizacional e da qualidade de vida dos servidores, alinhado às vantagens e aos benefícios diretos e indiretos para a Administração, para o servidor e para a sociedade.

A legislação estatuída pelo CNJ, em seu artigo 2º, inciso I, definiu teletrabalho como a “modalidade de trabalho realizada de forma remota, com a utilização de recursos tecnológicos”, sendo facultativa (artigo 4º) e limitada a 30% da unidade, podendo, excepcionalmente, chegar a 50% (artigo 5º, inciso III).

Devem ser estipuladas metas de desempenho (diárias, semanais e/ou mensais), necessariamente superiores aos servidores que atuam nas dependências do órgão, e elaborado plano de trabalho individualizado, com a descrição das atividades a serem desempenhadas, as metas a serem alcançadas, a periodicidade de comparecimento ao local de trabalho, o cronograma de reuniões com a chefia imediata e o prazo em que o servidor estará sujeito ao regime, podendo ser renovado (artigo 6º).

No âmbito das empresas estatais, todavia, observa-se uma dificuldade de implantação decorrente de fatores apontados por Boscatte (2010): exigência excessiva de prestação de contas aos seus gestores, pensamento do gestor público voltado ao contro-

le total de todos os atos de seus subordinados, com o intuito de evitar responsabilizações futuras, e normas rígidas sobre pontualidade. A autora, buscando reverter esse quadro, conclui pela necessidade de conscientização de que o teletrabalho poderia resolver problemas de conjuntura, tais como economia de custos com condução, melhoria na satisfação dos servidores, aumento de produtividade, redução de faltas consequentes de licenças e maior responsabilidade sobre o trabalho exercido. Dessa forma, a partir de uma mudança nos aspectos culturais, deixa-se de “pensar que só o trabalho presencial poderá trazer resultados efetivos”, pois “a produtividade poderia ser mensurada mesmo à distância” (BOSCATTE, 2010, p. 1-6).

Vê-se como uma tendência humana a resistência à implementação de mudanças, transformações e inovações, inclusive no ambiente empresarial, tanto privado quanto público. Se observamos dificuldades em que novas tendências sejam assimiladas por empregadores e trabalhadores da iniciativa privada, que dirá no setor público, notoriamente mais resistente a alterações. Nesse contexto, as instituições estatais, salvo raras exceções, ainda são um tanto quanto refratárias às mudanças e inovações, principalmente quanto às de ordem tecnológica, em que pesem estas possuírem em grande parte seu escopo na redução dos custos e na otimização dos processos e procedimentos.

Todavia, tem-se por certo que esse quadro tende a evoluir rapidamente nos próximos anos graças à enorme gama de novos recursos tecnológicos, que, dia a dia, são postos à disposição da sociedade, consistindo num ferramental de infinitas dimensões, destinado a reduzir as distâncias entre as pessoas e lhes proporcionar inúmeras facilidades e oportunidades em todas as searas e relações, sejam pessoais, por meio das redes sociais, sejam comerciais, por conta das transações eletrônicas.

Esses temores com o novo não podem prosperar, na medida em que os “teletrabalhadores” deverão ser seletivamente escolhidos de acordo com um perfil adequado às necessidades e aos objetivos da empresa, levando-se em conta os seus graus de confiabilidade, comprometimento e capacidade produtiva, proporcionando vantagens mútuas para os empregadores e para os empregados.

Um novo passo nessa evolução foi dado pelo legislador pátrio com a publicação da Lei nº 13.467/2017, que fez com que a CLT passasse a contar com um capítulo próprio para tratar do teletrabalho, tendo sido incluídos cinco novos artigos em seu texto (artigos 75-A, 75-B, 75-C, 75-D e 75-E). Com isso, temos uma definição do tema em lei material e formal, além de dispor

que o comparecimento às dependências não descaracteriza o regime, que deve constar expressamente do contrato individual de trabalho, especificando as atividades que serão realizadas, que os equipamentos não integram a remuneração e que haverá orientação para evitar doenças e acidentes de trabalho.

Art. 75-A. A prestação de serviços pelo empregado em regime de teletrabalho observará o disposto neste Capítulo.

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho.

Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado.

§ 1º Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual.

§ 2º Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual.

Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito.

Parágrafo único. As utilidades mencionadas no *caput* deste artigo não integram a remuneração do empregado.

Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho.

Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.

Não obstante, apesar desta reforma trabalhista recentemente aprovada, alguns pontos continuaram sem o devido tratamento, tais como a supervisão das atividades do empregado, a jor-

nada laboral, a aferição da produtividade e o real e efetivo comprometimento com os objetivos estratégicos da empresa. Assim, permanece ao alvedrio das partes da relação definir em comum acordo tais pontos, para se preservar a necessária segurança jurídica, elidindo os óbices decorrentes das indefinições quanto à implantação dessa nova modalidade de trabalho.

Haverá, então, a necessidade de regulação por meio de cláusulas constantes dos contratos individuais de trabalho e de políticas definidas por cada empresa estatal, tratando dos procedimentos a serem observados e da disponibilização dos recursos de *hardware* e *software* ao “teletrabalhador”, normalmente, *notebook*, telefone celular, conexão à internet e acesso remoto à rede do sistema interno da empresa, sem desconsiderar a realização de uma avaliação de ambiência, quanto ao local, às instalações e às condições em que exercerá as suas atividades.

3 Teletrabalho e o advogado estatal

A atuação da advocacia no mundo da informática começou de maneira tímida em alguns setores, seja em tribunais específicos, seja em algumas estatais e órgãos públicos, passando efetivamente a se tornar realidade necessária com a publicação da Lei nº 11.419/2006, que regulamentou o chamado processo eletrônico, cujo artigo 1º dispõe que “o uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais será admitido nos termos desta Lei”.

Seguindo essa tendência, o novo Código de Processo Civil trouxe uma seção para tratar especificamente da prática eletrônica dos atos processuais, conforme artigos 193 a 199.

Art. 193. Os atos processuais podem ser total ou parcialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico, na forma da lei.

Parágrafo único. O disposto nesta Seção aplica-se, no que for cabível, à prática de atos notariais e de registro.

Art. 194. Os sistemas de automação processual respeitarão a publicidade dos atos, o acesso e a participação das partes e de seus procuradores, inclusive nas audiências e sessões de julgamento, observadas as garantias da disponibilidade, independência da plataforma computacional, acessibilidade e interoperabilidade dos sistemas, serviços, dados e informações que o Poder Judiciário administre no exercício de suas funções.

Art. 195. O registro de ato processual eletrônico deverá ser feito em padrões abertos, que atenderão aos requisitos de autenticidade, integridade, temporalidade, não repúdio, conservação e, nos casos que tramitem em segredo de justiça, confidencialidade, observada a infraestrutura de chaves públicas unificada nacionalmente, nos termos da lei.

Art. 196. Compete ao Conselho Nacional de Justiça e, supletivamente, aos tribunais, regulamentar a prática e a comunicação oficial de atos processuais por meio eletrônico e velar pela compatibilidade dos sistemas, disciplinando a incorporação progressiva de novos avanços tecnológicos e editando, para esse fim, os atos que forem necessários, respeitadas as normas fundamentais deste Código.

Art. 197. Os tribunais divulgarão as informações constantes de seu sistema de automação em página própria na rede mundial de computadores, gozando a divulgação de presunção de veracidade e confiabilidade.

Parágrafo único. Nos casos de problema técnico do sistema e de erro ou omissão do auxiliar da justiça responsável pelo registro dos andamentos, poderá ser configurada a justa causa prevista no art. 223, *caput* e § 1º.

Art. 198. As unidades do Poder Judiciário deverão manter gratuitamente, à disposição dos interessados, equipamentos necessários à prática de atos processuais e à consulta e ao acesso ao sistema e aos documentos dele constantes.

Parágrafo único. Será admitida a prática de atos por meio não eletrônico no local onde não estiverem disponibilizados os equipamentos previstos no *caput*.

Art. 199. As unidades do Poder Judiciário assegurarão às pessoas com deficiência acessibilidade aos seus sítios na rede mundial de computadores, ao meio eletrônico de prática de atos judiciais, à comunicação eletrônica dos atos processuais e à assinatura eletrônica.

No âmbito da Administração Pública, isto é, em seus processos administrativos, essa realidade começa também a ser regra, com o surgimento dos “chamados gerenciadores eletrônicos de documentos (GED), sistemas capazes de a um só tempo armazenar os processos administrativos, apoiar a produção de conteúdo jurídico [e] controlar os fluxos administrativos”. Como exemplos disso temos “o Sistema Eletrônico de Documentos - SEI, gestado no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, e o Sistema AGU de Inteligência Jurídica – SAPIENS, este desenvolvido na Advocacia Geral da União” (SANTANA, 2016, p. 58-59).

Com o processo eletrônico, temos “uma mudança de paradigma ao quebrar o uso do papel, em busca de um processo judicial menos moroso e mais eficiente”, sendo necessário “criar novos sistemas de gestão não só do Poder Judiciário, mas também de todos os atores do processo, especialmente a advocacia pública”, fazendo, então, surgir “novas formas de relações jurídicas entre o servidor público e a Administração Pública” (MOURA, 2016, p. 195-196), sendo o teletrabalho um dos aspectos mais relevantes.

Santana (2016, p. 64) muito bem evidencia que “o trabalho intelectual do advogado, salvo em específicas situações, exige pesquisa e reflexão que pode ser feita tanto no ambiente da repartição pública, quanto em uma biblioteca, quanto em sua residência”, logo, conclui-se que o teletrabalho do advogado estatal sempre fez parte da natureza de suas atribuições, sendo que as recentes alterações legislativas, em especial o Novo Código de Processo Civil e a Lei nº 13.467/2017, apenas servem para corroborar esse entendimento.

Os departamentos e as diretorias jurídicas de cada empresa estatal contemplam, via de regra, estrutura organizacional dividida em áreas consultivas e contenciosas.

A atuação na área contenciosa, em que os advogados estatais desenvolvem o seu mister na formulação de defesas, na propositura de ações judiciais e na interposição de recursos junto ao Poder Judiciário e a outros órgãos da Administração Pública, como, por exemplo, as cortes de contas, vem cada vez mais sendo realizada por meio do chamado processo eletrônico, conforme evolução brevemente tratada anteriormente.

Essa situação, independente da empresa estatal em que esteja lotado o advogado, decorre de ações dos próprios tribunais que visam à informatização dos processos judiciais em sua integralidade, tornando obsoleta a tramitação por autos físicos. Com isso, o advogado estatal pode apresentar suas peças de forma eletrônica a partir de qualquer local em que tenha acesso à rede mundial de computadores, não necessitando estar presente na sala destinada ao setor jurídico.

Na área da advocacia consultiva, por sua vez, os advogados estatais desenvolvem como suas principais atividades o assessoramento jurídico a demais diretorias e departamentos das empresas estatais, por meio de pareceres jurídicos acerca das mais variadas matérias dos diversos ramos do Direito, sendo as mais comuns as atinentes ao Direito Trabalhista e Previdenciário, ao Direito Tributário e, principalmente, ao Direito Administrativo, com destaque para as questões relacionadas a licitações e contratos públicos.

Como já tratado antes, há uma tendência na própria Administração Pública em transformar os processos administrativos em arquivos digitais, reduzindo consideravelmente a circulação de papéis, inclusive, em benefício direto para o meio ambiente, trazendo a lógica do processo eletrônico para as empresas estatais, bastando, para isso, vontade do gestor público em adotar as medidas cabíveis.

Diversos *softwares* encontram-se à disposição das empresas estatais, possibilitando a digitalização de imagens de documentos e processos já tramitados por autos físicos, bem como permitindo o trâmite virtual dos processos administrativos. Assim, o advogado estatal na área consultiva, da mesma forma que o seu par da área contenciosa, pode acessar os processos de qualquer local em que lhe seja permitido acessar a rede interna da empresa estatal, não precisando se encontrar frente a um computador conectado a essa rede.

Existindo interesse por parte dos departamentos ou diretorias jurídicas das empresas estatais para implantar, é possível a realização do teletrabalho pelos advogados, sendo necessário o fornecimento do equipamento adequado. Com isso, fortalece-se a isenção desses profissionais, que passam a atuar sem a subordinação física direta dos superiores hierárquicos e sem o contato diário e pessoal com empregados de outras áreas da empresa estatal, com aumento da produção intelectual e melhorias na qualidade de vida.

Assim, teremos do lado do advogado estatal um aumento de seu desempenho para o trabalho, em razão de fatores benéficos que influenciam em sua produtividade, tais como a redução de perda de tempo com deslocamentos e a possibilidade de passar mais tempo com seus familiares e/ou realizar outras atividades diferentes das cobradas pela empresa, e do lado da empresa estatal um maior controle do ponto de vista jurídico exercido por advogados estatais mais motivados.

Conclusão

Diante desse quadro globalizado e informatizado, especificamente no Brasil, as organizações e a sociedade em geral passaram a perceber as inúmeras oportunidades e aplicações em seus cotidianos visando, sobretudo, facilitar-lhes a vida. Nesse aspecto, não se pode duvidar que o uso cada vez mais frequente dos recursos tecnológicos por todos os setores da sociedade não é apenas uma realidade, mas um caminho sem volta.

Embora possa ser uma realidade para um número considerável de empresas brasileiras, na Administração Pública a iniciativa

de implantação do teletrabalho revela-se muito tímida, em decorrência de uma certa desconfiança por boa parte dos gestores públicos, que ainda o veem com insegurança, em razão de uma suposta falta de controle sobre o “teletrabalhador”, notadamente, quanto ao desempenho de suas tarefas e ao cumprimento de sua jornada de trabalho longe da supervisão gerencial.

O implemento crescente da tecnologia e de seus inúmeros recursos no setor produtivo, tanto privado quanto público, pode possibilitar, em relação aos advogados estatais, um maior e melhor desenvolvimento do seu ofício público, nas áreas contenciosa ou consultiva, diante das perspectivas e oportunidades carreadas pelo teletrabalho.

A advocacia estatal, por desempenhar relevante missão no controle da observância aos princípios de direito público, em especial o da Legalidade, deve concentrar a missão de prevenção de ilícitos e de promoção da segurança jurídica no âmbito da empresa estatal, sendo o teletrabalho uma ferramenta para aumento de produtividade e aperfeiçoamento das atividades, pois o advogado estatal se verá mais motivado para exercer seu trabalho diante dos ganhos com qualidade de vida que serão obtidos.

Referências

- BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2013.
- BEMQUERER, Marcos. **O Regime Jurídico das Empresas Estatais após a Emenda Constitucional nº 19/1998**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- BOSCATTE, Vera Regina Alexandre. **A dificuldade de implantação do teletrabalho na empresa pública brasileira**. 2010. Disponível em: <<http://www.telework2010.tic.org.ar/papers/Boscatte%20portug.pdf>>. Acesso em: 4 set. 2017.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa; JORGE NETO, Francisco Ferreira. **O Empregado Público**. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2014.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- FRANKLIN, Élide Fabrícia Oliveira Machado. A Advocacia em Estatais e o Novo Código de Ética e Disciplina da OAB. **Revista de Direito da ADVOCEF**, Porto Alegre, v. 1, n. 23, p. 201-212, 2016.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

JARDIM, Gustavo Tanger. O advogado empregado público: uma visão atual sob a ótica do Estatuto da Advocacia. **Revista de Direito da ADVOCEF**, Porto Alegre, v. 1, n. 18, p. 279-294, 2014.

LAMACHIA, Claudio. Apresentação. In: CASTRO, Aldemario Araujo; MACEDO, Rommel (Org.). **Advocacia Pública Federal**: afirmação como função essencial à justiça. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2016, p. 7-8.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MOURA, Grégore Moreira de. Processo eletrônico e "teletrabalho". In: CASTRO, Aldemario Araujo; MACEDO, Rommel (Org.). **Advocacia Pública Federal**: afirmação como função essencial à justiça. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2016, p. 179-197.

PINTO, Henrique Motta; PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresas Estatais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTANA, Alexandre. Processo Eletrônico e Teletrabalho: resgate histórico e afirmação da independência e liberdade profissional do advogado público. In: CASTRO, Aldemario Araujo; MACEDO, Rommel (Org.). **Advocacia Pública Federal**: afirmação como função essencial à justiça. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2016, p. 57-82.

Dependência digital e regulação: em busca de uma internet mais saudável

Denilson Ribeiro de Sena Nunes

Advogado do BNDES

Especialista em Direito da Empresa e da Economia,

com MBA na área pela EPGE/FGV

Mestrando em Direito da Regulação na

Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas no

Rio de Janeiro – FGV DIREITO RIO

RESUMO

A proposta deste artigo é contribuir para o debate sobre como a sociedade pode manejar os recursos disponíveis na internet de maneira saudável em que sejam considerados os indesejáveis efeitos colaterais para a saúde da população. Para dar conta desse objetivo, o autor retrata brevemente o surgimento da internet, sua evolução e seus efeitos positivos e negativos, entre os quais se situa a patologia intitulada “dependência digital”. Em seguida, realiza uma análise regulatória, para o que adota a metodologia proposta pela literatura especializada consubstanciada na *análise de custos e benefícios* que orienta para a adoção de alternativas regulatórias mais vantajosas, com destaque para a regulação prudencial. Conclui pela possibilidade da utilização da internet de maneira mais saudável desde que cautelas sejam adotadas, para o que a regulação poderá colaborar na busca de soluções adequadas.

Palavras-chave: Regulação. Internet. Dependência digital. Alternativas regulatórias.

ABSTRACT

The purpose of this article is to contribute to the debate about how society can manage the resources available on the Internet in a healthy way in which the undesirable side effects to the health of the population are considered. In order to realize this objective, the author briefly portrays the emergence of the internet, its evolution and its positive and negative effects, among which is located the pathology called digital dependence. It then carries out a regulatory analysis for which it adopts the methodology proposed by the specialized literature based on the analysis of costs and benefits that guides the adoption of more advantageous regulatory alternatives, with emphasis on prudential regulation. It concludes that it is possible

to use the Internet in a healthier way, provided that precautions are taken, for which regulation may help to find suitable solutions.

Keywords: Regulation. Internet. Digital dependence. Regulatory alternatives.

Introdução

Em entrevista concedida em 2010 ao *The New York Times*, o fundador da Apple, Steve Jobs, declarou restringir o uso da tecnologia em sua casa, principalmente o uso dos equipamentos eletrônicos por seus filhos menores de idade. Conforme apurado pelo periódico, essa forma de lidar com os recursos da modernidade tornou-se um hábito comum entre executivos de tecnologia que pareciam saber algo que o restante da população mundial demonstrava desconhecer.

Enquanto a maioria dos pais preocupa-se em incluir cada vez mais precocemente seus filhos no mundo digital, permitindo que acessem diversos conteúdos por meio de *smartphones*, *tablets* e computadores, dia e noite, há um estilo de criação aparentemente ultrapassado que revela um diagnóstico: a internet pode acarretar graves prejuízos à saúde de seus usuários, sobretudo das crianças e adolescentes.

Em razão desse quadro, identificaremos, neste artigo, as características e os principais problemas causados à saúde advindos do uso da internet, com destaque para uma patologia já devidamente diagnosticada pela literatura médica denominada "dependência digital". Relataremos como tal doença pode causar sofrimento e prejuízo ao bem-estar dos navegantes da rede e como tem sido tratada em alguns centros de excelência médica no mundo.

Logo após, faremos uma abordagem do tema sob o enfoque da regulação, para o que adotaremos a moderna metodologia proposta pela literatura consubstanciada na *análise de custos e benefícios* (RAGAZZO, 2011), com a qual procuraremos ponderar os efeitos negativos e positivos decorrentes da utilização da internet e que poderá inspirar a elaboração de soluções regulatórias para os problemas apontados, em que a regulação prudencial mostra-se como um caminho a ser perseguido.

Portanto, com este trabalho, pretendemos colaborar para o debate, com uma abordagem regulatória, sobre como a sociedade pode lidar com os recursos tecnológicos disponíveis de maneira saudável em que sejam considerados os indesejáveis efeitos colaterais para a saúde da população.

1 Falando um pouco sobre a internet

Embora oficialmente a internet date do final da década de 1960, quando foi criada com o objetivo de interligar dados a outros computadores, apenas em 1990 ela começou a ter os contornos que apresenta hoje, através da *world wide web* (rede de alcance mundial), e a partir daí até os dias atuais foi ganhando uma crescente popularidade, passando a fazer parte da rotina das pessoas ao redor do mundo.

A partir dessa popularização, a sociedade mundial passou a usar a internet para obter mais vantagens e facilidades, sendo a maneira cada vez mais simples e eficaz de se obter conteúdos informativos, estabelecer relacionamentos e realizar uma gama variada de negócios. A internet revolucionou o comércio mundial, todos os ramos da ciência e o relacionamento entre pessoas e instituições.

Uma das características que permitiu o sucesso da rede foi a sua *neutralidade*, isto é, ao ofertarem os serviços de conexão à internet, operadoras de telecom devem conferir tratamento isonômico aos pacotes de dados, independente do conteúdo, aplicação, serviço, dispositivo, origem e destino, de modo a manter a internet como uma plataforma livre e aberta. Tal característica tornou a rede uma plataforma receptiva e vocacionada à inovação e à liberdade de expressão, servindo como ambiente descentralizado para interações sociais, culturais e políticas.

Diante de tantas mudanças, seria inevitável que houvesse uma corrida para que todos se habilitassem a usar as ferramentas necessárias ao ambiente *on-line*, sem as quais os cidadãos, empresas e países ficariam à margem desse processo de escala mundial. Por conseguinte, os incentivos para a inserção no mundo *web* passaram a ser diversos, com a convergência de estratégias empresariais e políticas de governo cujos objetivos são a inclusão digital de cidadãos que possam usufruir e sobretudo produzir nesse ambiente.

Saliente-se que a inclusão digital logo se apresentou como forma de inclusão social na medida em que todas as atividades econômicas, governamentais e culturais estão transportando-se para a rede, excluindo dessas atividades aqueles que não estiverem conectados.

No entanto, sem desconsiderar os benefícios advindos dessa “revolução digital”, é necessário observar desde já os efeitos colaterais advindos do uso da internet e buscar caminhos para que sejam atenuadas as consequências prejudiciais advindas de

seu uso, sem que isso represente retrocesso nos avanços obtidos com o incremento da rede em nossa sociedade.

O desafio, portanto, é identificar esses caminhos para o uso mais saudável da internet e criar incentivos para que a sociedade adote um comportamento que concilie os benefícios tecnológicos sem que isso cause danos aos seus usuários.

2 A “dependência digital”

Segundo pesquisas, a internet pode acarretar ou agravar uma série de problemas de saúde preexistentes aos seus usuários (SETZER, 2014). Os problemas são variados, podendo ser de ordem física ou mental, e incluem obesidade, prejuízos à cognição, isolamento e outros problemas sociais, desaguando em quadros psiquiátricos, tais como a patologia que ficou conhecida como “dependência digital”.

E o que seria dependência digital? Estudos realizados descrevem-na como “a incapacidade do indivíduo em controlar o uso da internet e o crescente envolvimento com atividades virtuais, levando a um progressivo desconforto emocional e prejuízos funcionais de jovens e adultos” (ABREU et al., 2008).

Os sintomas dessa patologia aparecem aos poucos até serem constatados imbróglis sociais, profissionais e emocionais ao indivíduo e àqueles que o cercam. Inicialmente, o usuário começa a apresentar uma preocupação excessiva com algum tema ligado à internet. Em seguida, sente a necessidade de aumentar o tempo *on-line* para obter satisfação.

Ocorre que, ao tentar diminuir esse tempo *on-line*, o dependente pode manifestar sintomas de abstinência, como suores frios, irritabilidade e tonturas, podendo desaguar em processo depressivo. A partir desse momento, o tempo conectado passa a ser maior que o programado, e as relações familiares, escolares e profissionais são prejudicadas.

Em diversos países são oferecidos tratamentos para a dependência digital, que vão desde terapias em grupo até internação.

Nos Estados Unidos, o Centro Médico Regional de Bradford da Pensilvânia merece destaque. Nele, o modelo de tratamento assemelha-se ao de programas de reabilitação de drogas, com a associação de terapia cognitivo-comportamental, sessões em grupo, individuais e intervenção medicamentosa consensual, se necessária.

No Japão, o assunto é tratado como questão de saúde pública. O governo estabeleceu programas específicos para o tratamento de dependentes digitais com o oferecimento de

psicoterapia e muito estímulo à prática de atividades de convívio social, como o esporte, e com medidas restritivas ao uso de mídias digitais.

Na Alemanha, há um conhecido programa de prevenção de dependência de mídia para adolescentes na cidade de Bonn que consiste no aconselhamento e reuniões em grupo para que as experiências possam ser compartilhadas entre os jovens usuários de internet e nas quais também são desenvolvidas habilidades sociais para que passem algum tempo longe dos computadores.

No Brasil, o Instituto de Psiquiatria do Hospital das Clínicas de São Paulo oferece aos pacientes tratamento no âmbito do Programa de Dependência de Internet, em que a intervenção é feita com terapia de grupo e, em alguns casos, com sessões individuais, com a presença de familiares.

Há muitos pontos em comum no que diz respeito aos diagnósticos e tratamentos oferecidos nos países mencionados, mas dois merecem relevo: (i) em todos os casos, os pacientes começam o tratamento repleto de sintomas, mas com baixíssimo nível de conhecimento sobre o que lhes deu causa, ou seja, demonstram não deter informações sobre o potencial maléfico existente no uso da tecnologia; (ii) a propensão ao comportamento compulsivo (típica do dependente) não pode ser identificada *a priori*, salvo no que diz respeito às crianças e aos adolescentes, mais vulneráveis em razão do pouco discernimento sobre a percepção de danos que podem estar sendo gerados a si próprios no uso de algum recurso tecnológico.

Naturalmente, há uma variação do grau de evolução da doença de acordo com as características individuais e sociais dos usuários de internet, tais como propensão a comportamentos compulsivos, fatores genéticos e etários, bem como aspectos culturais e sociais, como a maior (ou menor) disponibilidade de atividades de lazer fora da rede. Não obstante, extrai-se das experiências relatadas que um maior nível de informação sobre os problemas decorrentes do uso de tecnologia poderá levar a um uso mais adequado desses recursos.

3 Análise de custo-benefício

Neste trabalho, adotaremos a metodologia regulatória proposta pela literatura consubstanciada na *análise de custos e benefícios* (RAGAZZO, 2011) que orienta para a adoção de alternativas regulatórias mais vantajosas. Essa metodologia mostra-se necessária para que possamos confrontar os aspectos positivos e negativos que envolvem a internet para, assim, ponderar-

mos que medidas seriam mais adequadas para mitigar os efeitos indesejados de seu uso (externalidades), sem, contudo, abrir-mos mão de todas as vantagens proporcionadas pela rede para a sociedade.

A primeira etapa consiste na identificação do problema e de suas causas. Diante deste universo, é necessário ter em mente o que se pretende solucionar com a regulação, ou seja, quais são os seus objetivos em cada medida proposta, fazendo-se uma análise de sua eficiência e proporcionalidade, considerados os benefícios dela decorrentes.

Entre esses custos merecem relevo os relacionados às *doenças adquiridas* pelos usuários, devendo ser incluídas as despesas decorrentes do tratamento de saúde, tais como as médico-hospitalares, os tratamentos psicológicos e medicamentosos, bem como os prejuízos causados aos usuários de natureza educacional e laboral (*aspectos produtivos*).

Conforme já mencionado, a literatura científica cataloga inúmeras patologias associadas à internet e os problemas delas decorrentes, tais como o excesso de peso e obesidade, problemas de atenção e hiperatividade, depressão e medo, dessensibilização dos sentimentos, confusão de fantasia com a realidade, aceleração patológica do desenvolvimento, problema do vício e outros. Também devemos considerar os problemas de cunho comportamental e social, tais como o *bullying* (intimidação a colegas), agressividade e comportamento antissocial, a indução ao consumismo, o isolamento e outros problemas sociais.

Toda essa miríade de distúrbios poderá desaguar em problemas ainda maiores como a prática de suicídio, que tem crescido a uma taxa assustadora. Segundo especialistas, o problema é normalmente associado a fatores como depressão, abuso de drogas e álcool e *bullying*. Na população brasileira, a taxa de suicídios na faixa etária de 15 a 29 anos, que era de 3,4 por 100 mil habitantes em 1980, chegou a 4,1 em 1990 e a 4,5 em 2000. Assim, entre 1980 a 2014, houve um crescimento de 27,2%.¹

Sobre o tema suicídio, ganhou notoriedade recente na internet o jogo denominado "Baleia Azul", que impõe aos seus participantes desafios que comprometem sua saúde física e mental, podendo levá-los à morte. Esse fenômeno ganhou repercussão em todo o mundo em razão de seu caráter perverso, insano e criminoso, e serviu para alertar-nos de que existe um mundo

¹ Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-39672513>>. Acesso em: 5 jun. 2017.

por detrás das telas de computador que pode ser muito mais perigoso do que parece, a chamada “internet obscura”, onde são praticados atos de crueldade, venda de drogas, armas, órgãos, crianças, entre outras atividades criminosas e hediondas.

Em relação aos aspectos *produtivos*, cabe mencionar que a literatura especializada identifica que o uso excessivo ou inadequado da internet gera prejuízos à leitura, à cognição e à criatividade, com a conseqüente diminuição do rendimento escolar e laboral. Se na fase adulta os prejuízos estão relacionados à perda de produtividade, para as crianças e adolescentes os custos são ainda maiores, uma vez que os danos causados ao desenvolvimento educacional irão refletir-se por toda a sua vida profissional.

Talvez aqui seja necessário ter uma especial atenção quanto ao uso da internet por jovem na fase escolar, principalmente se pensarmos em países como o Brasil, que possui enormes desafios educacionais. Apenas para citar alguns dados que demonstram a situação crítica pela qual ainda passa o país, segundo dados do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), em 2015, a educação brasileira apresentou uma taxa geral de reprovação no ensino médio de 13,1% no total da rede pública e de 5,5% na rede particular, percentuais muito altos quando comparados com o padrão dos países de alto desempenho educacional.² Segundo dados do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), em 2013, o Brasil apresentava a terceira maior taxa de abandono escolar (24,3%), entre os 100 países com maior Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), só atrás da Bósnia Herzegovina (26,8%) e das ilhas de São Cristóvão e Névis, no Caribe (26,5%).³

Aliás, foi com o objetivo de atenuar os efeitos deletérios do uso da internet para os jovens que o Marco Civil da Internet previu no artigo art. 29 que

cabe ao poder público, em conjunto com os provedores de conexão e de aplicações de internet e a sociedade civil, promover a educação e fornecer informações sobre o uso dos programas de computador, bem como para a definição de boas práticas para a inclusão digital de crianças e adolescentes.

² Disponível em: <<http://www.todospelaeducacao.org.br/educacao-na-midia/indice/34704/opiniao-sucesso-relativo/>>. Acesso em: 5 jun. 2017.

³ Disponível em: <<http://www.todospelaeducacao.org.br/educacao-na-midia/indice/26226/brasil-tem-3-maior-taxa-de-evasao-escolar-entre-100-paises-diz-pnud/>>. Acesso em: 2 jun. 2017.

Não obstante a previsão legal, pouco se fez nesse sentido, havendo um preocupante desconhecimento por parte das escolas e das famílias sobre os riscos a que todos estão sujeitos.

No que diz respeito aos aspectos positivos, o primeiro ponto que deve ser ressaltado é o caráter econômico. Como já devidamente registrado, a internet é o fenômeno que mais revolucionou a economia mundial em todos os tempos em recursos e em volume de negócios. Segundo pesquisa da Google divulgada em outubro de 2016, o comércio eletrônico deve dobrar sua participação no faturamento do varejo até 2021 no Brasil, crescendo em média 12,4% ao ano, o que significa que as vendas dobrariam em cinco anos, chegando a R\$ 85 bilhões. A participação deverá sair de 5,4% em 2016 para 9,5% em 2021.⁴

Outro aspecto positivo que se deve considerar é a *utilidade* que os usuários atribuem à *web*, na medida em que todas as atividades econômicas, governamentais e culturais estão transportando-se para a rede. Essa característica é de suma importância, em razão da mudança cultural por que passa a sociedade, conforme já registramos neste trabalho, sendo ferramenta essencial para a inclusão social. Os equipamentos eletrônicos passaram a ser utilizados, inclusive, em muitos casos, como o principal instrumento de entretenimento para jovens e adultos, substituindo a interação pessoal pela virtual. Estudos demonstraram que, entre 2012 e 2015, o brasileiro triplicou o número de horas que passa conectado na internet via *smartphones*, ocupando o terceiro lugar entre os países com mais usuários *on-line* por meio de dispositivos móveis, atrás apenas da Tailândia e Arábia Saudita.⁵

Portanto, o que se quer evidenciar com essas informações é que os inegáveis benefícios econômicos e a utilidade atribuída à internet não devem servir para ocultar a existência de externalidades causadas pelo mundo digital, problemas que, se enfrentados desde já, com a adoção de medidas adequadas, poderão tornar a *web* ainda mais benéfica e vantajosa para as futuras gerações.

4 Aspectos de conteúdo, contextuais e características dos usuários

Para a elaboração de uma proposta regulatória concernente ao uso saudável da internet, ainda devemos considerar o

⁴ Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/10/vendas-pela-internet-devem-dobrar-ate-2021-diz-pesquisa-do-google.html>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

⁵ Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/tec/2015/09/1679423-brasil-e-terceiro-pais-do-mundo-que-fica-mais-tempo-on-line-no-celular.shtml>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

que chamaremos aqui de “aspectos de conteúdo”, “aspectos contextuais”⁶, bem como as características pessoais dos seus usuários.

Quando falamos dos aspectos de conteúdo no ambiente *on-line*, referimo-nos à diversidade de conteúdos acessados que poderiam apontar para tratamentos regulatórios distintos em razão dos seus efeitos aos usuários. Assim, por exemplo, conteúdos culturais poderiam ser menos danosos, mesmo que acessados por um longo período, do que jogos ou filmes violentos, impróprios para crianças e adolescentes. Ocorre que, em razão da impossibilidade de se estabelecer um filtro *a priori* do que se veicula na rede, dada a sua neutralidade, a variável “conteúdo” parece não justificar o estabelecimento de medidas regulatórias específicas, sendo-nos mais adequado ter em mente que, uma vez permitido o acesso, todo e qualquer conteúdo estará disponível.

No que diz respeito aos aspectos contextuais, devem ser consideradas as “condições e o ambiente” em que o conteúdo *on-line* é acessado. Mais uma vez, as particularidades da internet trazem dificuldades para uma regulação efetiva, dado o crescente acesso à *web* por *smartphones* em todo o mundo, embora os acessos por *tablets* e por *desktops* ainda sejam muito relevantes nas residências e empresas. Não obstante, merece especial atenção o crescimento das *lan houses*⁷ em todo o país. Em razão da privacidade oferecida aos seus usuários e dos baixos preços cobrados, esse é um lugar que deve ser especialmente considerado, particularmente no que diz respeito aos serviços associados que poderão gerar atratividade extra (refeições, bebidas alcoólicas e venda de jogos e produtos eletrônicos). Nesses estabelecimentos, muitos dos quais funcionam sem autorização, não são estabelecidos limites de horários e não há controle quanto à presença de menores de idade.

Por fim, devemos buscar as características dos usuários para identificar a necessidade (ou não) de soluções regulatórias apropriadas para cada grupo. Neste caso, a primeira distinção deve ser feita em razão da capacidade de discernimento quanto aos

⁶ A expressão “aspectos contextuais” é utilizada por Ragazzo e Abreu Ribeiro (2012), referência argumentativa e metodológica para o nosso trabalho.

⁷ De acordo com o SindlanSP - Sindicato das Lan Houses do Estado de São Paulo, existem hoje, no Brasil, mais de 90.000 *lan houses* e *cyber cafés*, sendo que, ainda por falta de legislação adequada, a maioria funciona sem legalização. Tais estabelecimentos são responsáveis pelo acesso de 65% da população à internet e aos seus serviços úteis, como serviços públicos, bancários e redes sociais.

efeitos maléficos do uso da internet. Cremos haver, aqui, apenas dois grupos de usuário: um mais geral, composto por todas as pessoas que teriam a possibilidade de acesso à rede, e outro especial, composto tão somente por crianças e adolescentes.

Com relação ao primeiro grupo (geral), o objetivo regulatório seria alertá-los quanto aos riscos aos quais estão sujeitos (os custos antes identificados), para o que uma política de conscientização nos moldes dos programas de conscientização dos males causados pelo tabaco ou advindos da ingestão de bebidas alcoólicas ao volante seria um ótimo ponto de partida.

No que diz respeito às crianças e aos adolescentes, além dos esforços mencionados acima, mostra-se necessária a implementação de programas de prevenção que envolvam a escola e as famílias. Essas ações deverão estar calcadas na formação dos profissionais da área de educação e de saúde, que poderão construir coletivamente conhecimentos e estabelecer estratégias para uma ação integrada que envolva toda a sociedade. Para esse fim, a escola poderá ganhar centralidade por ser um *locus* privilegiado de acolhimento cotidiano e continuado de adolescentes e jovens, para o que deve estar apoiada por todas as instâncias sociais, instituições governamentais e não governamentais, envolvidas na efetivação das estratégias de prevenção.

Para a concretização do programa de prevenção, torna-se essencial a promoção do diálogo com os jovens e suas famílias para integrá-los ao programa, com o fornecimento de informações e troca de experiências que permitam a construção coletiva de caminhos produtivos e saudáveis para o uso dos recursos tecnológicos.

Dado o caráter de vulnerabilidade dos jovens, conforme já abordado, também seria importante a proibição do ingresso de menores de 18 anos desacompanhados de seus pais em *lan houses*, *cyber cafés* ou em qualquer outro estabelecimento que possibilite o acesso à internet, nos quais deveria haver a sinalização dessa proibição e dos perigos aos quais todos os seus usuários estão sujeitos.

Outrossim, vislumbramos a possibilidade de estabelecimento de regras que obriguem as empresas que comercializam todo o aparato que envolve a internet (*software* e *hardware*) a informar aos consumidores os riscos advindos do uso inadequado da internet já apontados pela ciência e abordados neste artigo. Não se trata de impor restrições desproporcionais ou desestímulo ao uso da rede, uma vez que estaríamos caminhando no sentido contrário do desejável desenvolvimento econômico e social, re-

duzindo, portanto, os benefícios gerados, mas apenas alertar de maneira clara que esses mesmos equipamentos, produtos e serviços que podem gerar vantagens para toda a sociedade também poderão causar danos aos seus usuários, em especial aos jovens.

Por fim, ainda no que tange às características dos usuários, devemos guardar um lugar especial aos que se tornaram dependentes digitais. Mesmo sendo adotadas todas as medidas de conscientização e prevenção, sempre haverá uma parcela significativa da sociedade que contrairá a doença, a exemplo do que ocorre com os usuários de drogas, lícitas ou ilícitas. Nesses casos, é necessário que haja ações de saúde pública para atender tais pacientes com os recursos médicos, hospitalares, psicológicos e farmacêuticos adequados. Aliás, as experiências médicas mencionadas neste artigo, bem como a respectiva literatura, costumam fazer um paralelo entre o tratamento dos dependentes digitais e os destinados aos dependentes de álcool e outras drogas, o que nos leva a crer que iniciativas não governamentais também deverão ser incentivadas (como a dos alcoólicos e narcóticos anônimos).

5 Regulação prudencial

Conforme já tratado neste trabalho, a informação poderá cumprir papel central no cumprimento dos objetivos pretendidos para uma regulação da internet que lhe proporcione um uso saudável, porque tem o condão de reduzir a assimetria da informação entre os usuários e os fornecedores dos bens e serviços. Com mais informação, os usuários (e seus responsáveis, no caso de menores) poderão decidir pelo uso que gostariam de fazer da internet baseados não somente nos benefícios largamente propagados mas também nos custos que parecem desconhecer atualmente.

Foi nesse sentido que apontamos a importância de serem criados programas de conscientização e de prevenção que envolvam toda a sociedade, mormente as famílias e escolas, bem como o estabelecimento de regras que obriguem empresas que comercializam produtos e serviços relacionados à internet a informar os riscos oriundos do uso da rede (sinalização em estabelecimentos, etiquetagem contendo advertências nas embalagens dos produtos, entre outras técnicas que poderiam ser adotadas).

Mas, infelizmente, nem sempre a informação é suficiente para evitar que os danos sejam gerados, seja porque os usuários poderão ignorar as advertências que lhe são feitas (basta pen-

sarmos em quantas vezes os usuários aceitam *termos de uso de site*⁸, sem sequer ler as primeiras linhas), seja porque, mesmo conscientes dos riscos, os usuários podem optar por uma prática que não lhes seja a mais benéfica, a exemplo do que ocorre com os fumantes. Por essa razão, a regulação poderá ser mais imperativa, como a que restringiria o acesso de menores de idade a *lan houses* e a criação de programas que prevejam tratamentos para dependentes digitais.

Contudo, a implementação de uma regulação prudencial enfrentará uma série de obstáculos oriundos exatamente dos inegáveis aspectos positivos advindos do uso da internet. Nos dias atuais, os incentivos para a inclusão econômica e social via *web* são requisitos necessários para a sobrevivência de pessoas, organizações e países no mundo em que vivemos, o que faz qualquer ideia restritiva ao uso da rede parecer antiquada e maléfica à coletividade.

A pergunta, portanto, não deve ser se queremos ou não inclusão digital, mas *que tipo de inclusão queremos*. Não haveria uma forma de se atingir a inclusão digital sem que esta causasse danos para crianças e jovens? De que forma os riscos à saúde dos usuários podem ser mitigados? A ciência já aponta algumas respostas para essas questões, todas no sentido de que precisamos fazer com que esses caminhos sejam trilhados com cautela, para que os jovens de hoje não se tornem vítimas do processo de desenvolvimento tecnológico.

Lembremos de costumes que foram sedimentados no seio da sociedade ao decorrer de séculos, muitos dos quais, embora diagnosticados como prejudiciais à saúde, ainda hoje se encontram entre nós, tais como o uso do tabaco e o uso excessivo de bebidas alcoólicas.

Foram necessárias inúmeras pesquisas científicas para comprovar os efeitos maléficos do cigarro e da ingestão de bebidas alcoólicas, que subsidiaram amplos debates na sociedade mundial durante décadas para, somente após, ser possível a implementação de medidas restritivas ao uso e à comercialização desses produtos, tais como a restrição a propagandas e a inclusão de advertência nas embalagens dos produtos.

Portanto, parece-nos de suma importância a intensificação do debate sobre *que uso da internet queremos*, no qual devem

⁸ Termos de Uso dos sites (também conhecidos como Termos de Responsabilidade ou Regras de Utilização) têm a finalidade de regulamentar a relação entre o site (prestador de serviços ou fornecedor de um bem - contratado) e o usuário (tomador de serviços ou comprador - contratante) de forma prática e célere.

ter voz a comunidade médica, as escolas, as famílias, os governos e as empresas de tecnologia. Uma regulação prudencial deverá estar fundamentada em dados científicos sobre os efeitos maléficos de determinada atividade, mas, sem o apoio de todos os setores da sociedade, a regulação mostrar-se-á insuficiente para as mudanças comportamentais esperadas com a adoção das cautelas aqui propostas.

Conclusão

A velocidade conferida às mudanças tecnológicas exige um tempo de adaptação cada vez menor para os cidadãos, o que poderá dar ensejo a dois tipos distintos de postura igualmente indesejáveis: (i) uma atitude imprudente na qual o usuário imerge desprevenidamente no mundo digital sem que sejam avaliadas as consequências de suas ações, fato que, como visto, poderá desencadear graves problemas de saúde, especialmente nas crianças e adolescentes; ou (ii) uma postura de resistência ao mundo virtual, com a fuga desse universo tecnológico, sem se saber exatamente do que se está protegendo, o que fará com que o indivíduo viva fora de sua época, sem acesso aos recursos disponíveis para atender às suas necessidades com plenitude, de forma mais eficiente e a um menor custo.

Deste modo, no âmbito das discussões que envolvem medidas prudenciais, é de suma importância que não se enverede para uma postura conservadora, baseada no medo e na negatividade, com resistência ao novo, em nome de uma sensação de conforto e aparente segurança. Ao contrário, os cidadãos devem preparar-se para o uso dos recursos tecnológicos, pois estes permitirão o acesso a vantagens e facilidades oferecidas na *web*, tais como informações, relacionamentos, oportunidades de capacitação, de formação profissional e realização de negócios, bem como o acesso às atividades empresariais, governamentais e culturais disponíveis na rede.

Por essa razão, esperamos ter demonstrado com as informações e análises realizadas neste artigo ser possível que a sociedade utilize a internet de maneira mais saudável desde que sejam adotadas algumas cautelas. E a regulação, ao proporcionar uma análise racional e estruturada dos problemas verificados e a sua ponderação com os amplos benefícios ofertados, poderá colaborar para a busca de soluções adequadas.

E os desafios da regulação não terminam por aqui. O mundo digital apresenta uma série de outros grandes problemas que precisarão ser enfrentados, tais como os relacionados ao

consumismo e às práticas de crimes como o de estelionato, pedofilia, entre outras práticas danosas, que necessitarão de atenção especial por terem encontrado na *web* um terreno fértil. Mas essas *patologias* já são assunto para outros *tratamentos*.

Referências

ABREU, Cristiano Nabuco de et al. Dependência de Internet e de jogos eletrônicos: uma revisão. **Revista Brasileira de Psiquiatria**, São Paulo, v. 30, n. 2, p.156-167, jun. 2008.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **Regulação jurídica, racionalidade econômica e saneamento básico**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; ABREU RIBEIRO, Gustavo Sampaio de. O dobro ou nada: a regulação de jogos de azar. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 2, p. 625-650, 2012.

SETZER, Valdemar W. **Efeitos Negativos dos Meios Eletrônicos em Crianças, Adolescentes e Adultos**. Original de 12/08; versão 15.3 de 27/5/14. Disponível em: <<https://www.ime.usp.br/~vwsetzer/efeitos-negativos-meios.html#16/>>. Acesso em: 02 jun. 2017.

O Bitcoin e as possibilidades de negócios

Enliu Rodrigues Taveira

*Advogado da CAIXA em Mato Grosso do Sul
Especialista em Direito Processual Civil pela Rede LFG
Especialista em Direito Empresarial pela Rede LFG*

RESUMO

O Bitcoin é considerado uma moeda digital e está revolucionando o mercado, quebrando paradigmas e atraindo atenção de todos, inclusive das autoridades. Nesse caso, seria possível investir na moeda ou na tecnologia? Quais seriam os riscos jurídicos? Como o ordenamento jurídico brasileiro enxerga a moeda atualmente? A Febraban já tomou ciência? O advogado, como pode atuar?

Palavras-chave: Bitcoin. Investimento. Ordenamento jurídico. Segurança.

ABSTRACT

The Bitcoin is considered a digital currency and is revolutionizing the market, breaking paradigms and attracting attention of all, including the authorities. If so, would it be possible to invest in currency or technology? What are the legal risks? How does the Brazilian legal system see the currency? Does Febraban already know the system? The lawyer, how can he act?

Keywords: Bitcoin. Investment. Legal Planning. Safety.

Introdução

O artigo inicia-se com o magistério de Albert Einstein resumido na seguinte frase: “Você não entende algo de verdade a menos que seja capaz de explicá-lo a sua avó”.

As novas tecnologias estão cada vez mais presentes em nossas vidas, um dos maiores exemplos é o *smartphone*, o qual permite a realização de ligações, a troca de mensagens, a reprodução de vídeos, o acesso à internet e à TV, a disponibilização de uma filmadora e de uma máquina fotográfica, o acesso ao banco e a livros, entre outras inúmeras possibilidades.

Caso uma pessoa do ano de 2017 voltasse no tempo e dissesse que isso existiria para a população brasileira das décadas

de 50 a 60, seria desacreditada, pois sequer a televisão era algo comum.

Entretanto, o tempo passou e os avanços eletrônicos e digitais surgiram, sendo que a internet revolucionou o sistema de distribuição das informações e do conhecimento, permitindo a relativização da distância, tornando possível e de modo instantâneo o conhecimento sobre fatos que estão ocorrendo em outros continentes, independentemente da intervenção dos canais de televisão e de rádio, distribuindo o poder sobre a informação.

Não sendo diferente disso, surgiu o Bitcoin, autodenominado como moeda digital, que está mudando diversos conceitos, sem prejuízo da sua rápida e forte valorização, atraindo as atenções dos investidores, acadêmicos, autoridades, consumidores.

Já o direito está presente e acompanha toda essa evolução, conforme o tridimensionalismo de Miguel Reale (apud DINIZ, 2003), consubstanciado na clássica fenomenologia da experiência de fato, valor e norma, nessa ordem, em que ocorre a análise integral do fenômeno jurídico, sendo que para a presente moeda o direito pátrio está buscando o terceiro estágio.

Neste artigo, abordar-se-á a moeda com foco na sua legalidade perante o ordenamento jurídico interno e as possibilidades de negócios para os bancos, inclusive para a Caixa Econômica Federal, de modo imediato, tornando possível o acesso a esse investimento aos seus clientes, sem prejuízo da apresentação de um exemplo em que o cliente recebe os recursos pela comercialização das suas moedas digitais, e como o sistema financeiro trata essa operação.

1 O Bitcoin

1.1 Histórico

No auge da crise econômica que assolou os Estados Unidos e o mundo nos anos de 2008 e 2009, alguém com o pseudônimo de Satoshi Nakamoto publicou um artigo científico na lista de discussão *The Cryptography Mailing List* descrevendo o protocolo Bitcoin.

Já no ano de 2009 iniciou-se o funcionamento da rede e a emissão dos primeiros bitcoins. A primeira grande tarefa da moeda foi o pagamento de uma pizza por 10 mil BTC¹, o que foi concluído com sucesso.²

¹ Bitcoin.

² Esses 10 mil BTC na cotação do mercado na data em que foi escrito este artigo, dia 01/09/17, no site mercado bitcoin, equivaleria a R\$185.000.000,00 (cento e oitenta e cinco milhões de reais).

Com o passar dos anos, além da valorização da moeda, alguns problemas surgiram, como a descoberta de uma vulnerabilidade, a qual permitia a criação inflacionária de bitcoins, no entanto essa única grande falha foi corrigida, os BTC criados de modo irregular foram excluídos e o sistema prosseguiu no seu desenvolvimento sem nenhum outro grande revés.

A rede de comerciantes que aceitaram a moeda foi ampliando-se e o volume de transações também, chegando a mais de U\$1.000.000,00 (um milhão de dólares), em apenas um mês, com uma única empresa, no ano de 2013.

Nos Estados Unidos, o FinCEN³, que representaria no Brasil um órgão dentro do Banco Central, que coletaria e analisaria informações sobre transações financeiras, combatendo crimes financeiros, lavagem de dinheiro e outros crimes, regulamentou as moedas digitais naquele país, inclusive os denominados mineradores.⁴

A Alemanha, ainda no ano de 2013, autorizou as transações financeiras com o uso da moeda digital. O mesmo foi realizado por outros países, sendo que o Japão, no ano de 2017, adotou a moeda, ao lado do yen.⁵

1.2 Tecnologia *Peer-To-Peer* (P2P)

A tecnologia aplicada pelo BTC e demais moedas digitais é a P2P, que consiste na arquitetura de rede de computadores em que cada um dos pontos funciona tanto como cliente quanto como servidor, permitindo compartilhamentos de serviços e dados sem a necessidade de um servidor central.

Isso significa que ao realizar um pagamento com BTC não existiria a necessidade de uma instituição ou de uma empresa intermediária entre os contratantes, sendo a transação realizada diretamente entre eles.

Desse modo, alguém no Brasil pode enviar BTC para outra pessoa no Japão, sendo essa operação realizada em alguns minutos, sem a necessidade da intervenção de nenhuma instituição a não ser a própria rede dos denominados mineradores que sustentam o sistema.

³ Financial Crimes Enforcement Network.

⁴ Designação de quem possui máquinas de processamento de dados ligadas na rede e com o *software* do Bitcoin, garantindo o registro das operações de compra e venda da moeda e a sustentação descentralizada do sistema..

⁵ Moeda oficial do Japão.

1.3 Tecnologia *Blockchain*

A tecnologia *Blockchain*, segundo Wipro Digital, consiste no conceito de arquitetura de tecnologia da informação composta por bancos de dados descentralizados, por meio de redes *peer-to-peer* que armazenam registros das transações digitalmente assinadas e criptografadas.

Nesse diapasão, o *blockchain* seria o arquivo, livro ou bloco de notas, em que são registradas as operações de compra e venda de Bitcoin, demais moedas ou informações de modo seguro, imutável, descentralizado e público. Assim, todos podem verificar as operações realizadas, que são imutáveis e ficam indefinidamente armazenadas de modo descentralizado, garantindo a confiabilidade do sistema, afastando riscos de manipulação, garantindo a higidez do conteúdo ali inserido, porém sem a identificação pessoal do usuário, ou seja, a operação financeira é pública, mas quem a fez está resguardado.

1.4 Conceito técnico do BTC

O BTC é notoriamente conhecido como uma moeda digital e assim é tratado pelos usuários, porém tecnicamente ele não é uma moeda, já que para o Banco Central brasileiro a definição de “moeda eletrônica”, tratada na Lei nº 12.865/13, consistira nos recursos armazenados em dispositivo ou sistema eletrônico que permitem ao usuário final efetuar transação de pagamento em moeda nacional.

Além disso, para o Banco Central, a moeda como até então conhecida é emitida e garantida por uma autoridade monetária de algum governo soberano, tendo o seu curso forçado, a exemplo do que ocorre no Brasil, onde é obrigatória a utilização do real (R\$) para pagamentos, recebimentos e demais transações financeiras.

Nesse sentido, foi publicado o Comunicado nº 25.306 de 2014 pelo Banco Central, afirmando-se todas essas conclusões.

Para os técnicos em informática, o BTC seria um protocolo, um *token* onde os usuários agregaram valor, em razão da sua escassez e do interesse na sua obtenção.

1.5 Conceito jurídico no Código Civil

No magistério de Castro (2016), bens e coisa não se confundem, já que para Bevilácqua (1977 *apud* CASTRO, 2016) **bens** consistem nos valores materiais ou imateriais, que servem de

objeto a uma relação jurídica, já a **coisa**, na linguagem de Teixeira de Freitas (apud Castro, 2016), seria todo objeto material suscetível de medida de valor.

A bem da verdade, o Código Civil não realiza grande distinção entre bens e coisas, utilizando-os como sinônimos.

Partindo-se para o direito das coisas, conforme entendimento de Castro (2016), a coisa pode ser definida como o campo do direito que regula a propriedade e suas variações, a apropriação de bens pelo homem, em seus diversos aspectos.

Desse modo, o BTC poderia ser classificado como bem móvel⁶, fungível, consumível⁷, divisível⁸ e singular⁹, sendo garantida a sua propriedade.¹⁰ A relevância da presente classificação reside na menor formalidade que o direito exige do bem móvel em comparação aos imóveis, permitindo a maior circulação de riqueza de modo mais rápido e eficiente.

1.6 Emissão, limites e valorização

A emissão total de BTC ao longo dos anos já foi definida desde a sua instituição e, com isso, serão criados B\$21.000.000 (vinte e um milhões de bitcoins), cuja produção diária é decrescente, sofrendo redução pela metade a cada quatro anos.

Hoje são emitidos B\$2.100 (dois mil e cem bitcoins) por dia, que são pagos aos detentores do processamento na rede (conhecidos como mineradores), que descobrem o código do bloco e o inserem no *blockchain*, sendo que, a cada bloco descoberto, o minerador recebe B\$12,5 (doze bitcoins e meio). Cada bloco é descoberto em média a cada dez minutos.

Para os demais mineradores que não descobriram o bloco, ocorre a distribuição das taxas cobradas nas operações de com-

⁶ Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais:

I - as energias que tenham valor econômico;

⁷ Art. 85. São fungíveis os móveis que podem substituir-se por outros da mesma espécie, qualidade e quantidade.

Art. 86. São consumíveis os bens móveis cujo uso importa destruição imediata da própria substância, sendo também considerados tais os destinados à alienação.

⁸ Art. 87. Bens divisíveis são os que se podem fracionar sem alteração na sua substância, diminuição considerável de valor, ou prejuízo do uso a que se destinam.

⁹ Art. 89. São singulares os bens que, embora reunidos, se consideram de per si, independentemente dos demais.

¹⁰ Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

pra e venda de BTC, remunerando-os por manterem e participarem da rede.

Desse modo, até você leitor pode minerar BTC, porém os custos envolvidos com a energia e os equipamentos inviabilizam essa operação no Brasil.

Com relação à valorização, esta se iniciou em U\$0,10 (dez centavos de dólar) e hoje, dia 01/09/2017, está em U\$4.830,00 (quatro mil oitocentos e trinta dólares), situação que demonstra o interesse na moeda digital.

1.7 Pirâmide

Existem acusações de que o BTC seria uma pirâmide onde quem ficasse na base não receberia o retorno pelo seu investimento.

Com efeito, urge a necessidade de explicação do que seria pirâmide ou esquema ponzi, prática vedada pelo direito brasileiro, consistindo em crime contra a economia popular, conforme disposição da Lei nº 1.521/51:

Art. 1º. Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes e as contravenções contra a economia popular. Esta Lei regulará o seu julgamento.

Art. 2º. São crimes desta natureza:

[...]

IX - obter ou tentar obter ganhos ilícitos em detrimento do povo ou de número indeterminado de pessoas mediante especulações ou processos fraudulentos ("bola de neve", "cadeias", "pichardismo" e quaisquer outros equivalentes);

[...]

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de dois mil a cinqüenta mil cruzeiros.

Todavia, a moeda não tem esse sentido, haja vista que a sua emissão é limitada e, quando ocorre a venda, aquele que se desfiz dela já não a terá mais, dependendo de nova compra ou da mineração (processamento de dados) para acesso ao sistema. Essa situação afasta por si só o denominado sistema de pirâmide.

Por outro lado, em razão do interesse na moeda, ela pode passar por altas e baixas, tendo volatilidade acentuada, sendo isso normal, em razão da novidade e dos interesses despertados, algo semelhante à bolsa de valores; no entanto, os anos já demonstraram a sua sustentabilidade e a sua relevância, tendo muitos a considerado como a internet do dinheiro, propiciando maior autonomia aos usuários frente aos sistemas estatais vigentes.

2 Altcoins e interesse da Febraban

As altcoins são as demais criptomoedas alternativas ao Bitcoin, as quais buscam o mesmo sucesso, trazendo por isso novas funcionalidades e tecnologia, permitindo-se o aprimoramento da tecnologia *blockchain* ou outra similar não apenas para a circulação da moeda digital, mas de outras operações, inclusive o armazenamento de informações, tornando-as acessíveis, íntegras, intangíveis e confiáveis.

A moeda que mais representa as variedades de funcionalidade é o ethereum, que, segundo os seus próprios fundadores, consiste numa plataforma descentralizada que executa contratos inteligentes, aplicativos que funcionam exatamente como programados sem qualquer possibilidade de tempo de inatividade, censura, fraude ou interferência de terceiros.

Essas aplicações são executadas em um bloco de blocos (*blockchain*) construído de modo personalizado, uma infraestrutura global compartilhada enormemente poderosa que pode mover o valor e representar a propriedade da propriedade. Isso permite aos desenvolvedores criar mercados, armazenar registros de dívidas ou promessas, mover fundos de acordo com as instruções dadas no passado (como uma vontade ou um contrato de futuros) e muitas outras coisas que ainda não foram inventadas, tudo sem um homem em meio ao processo ou risco de contraparte.

À vista dessa tecnologia, a Febraban, no dia 27/04/2017, promoveu o 1º *Blockchain* Febraban, no intuito de compartilhar as novas tecnologias e implementar os estudos para que os bancos brasileiros possuam de modo descentralizado os dados dos clientes, permitindo maior segurança na gestão da informação, reduzindo os riscos de fraude, sem prejuízo da implementação das operações interbancárias, tornando-as mais seguras e rápidas.

3 Legalidade e constitucionalidade

A grande dúvida do leitor seria a legalidade da existência e da utilização do BTC, tendo em vista a possibilidade da sua obtenção em casa, utilizando computadores, bem como de vendê-lo, além de enviá-lo para qualquer lugar do mundo e depois retorná-lo ao país, sem a necessidade da utilização dos mecanismos atuais.

Nas palavras de Meirelles (2000, p. 82, grifos nossos) sobre o princípio da legalidade: “Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. **Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe**, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”.

Destarte, no direito civil pátrio os sujeitos de direito podem realizar diversos contratos e outras tantas modalidades de negócios, desde que a lei não os proíba, ou seja, o particular pode fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, sendo livre o exercício da atividade econômica, a criatividade e o desenvolvimento científico e tecnológico, que inclusive estão consagrados no texto constitucional:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

[...]

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

[...]

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.

Por conseguinte, o próprio ordenamento constitucional garante a constitucionalidade do desenvolvimento, da utilização e do processamento de operações realizadas no território nacional, dependendo de lei a restrição dessa liberdade, sendo, pelo magistério de José Afonso da Silva (apud Barreiros Neto, 2007), normas constitucionais de eficácia contida, que têm aplicabilidade imediata, assim como as normas de eficácia plena, mas, ao mesmo tempo, possibilitam a restrição de certos pontos, caso estes possam gerar danos.

Com relação aos aspectos tributários, a compra e venda de BTC deve ser informada à Receita Federal, ou seja, eles devem ser declarados no Imposto de Renda, já que para a Receita a mera posse de unidades de moedas digitais configura a manutenção de ativo financeiro e, por essa razão, elas devem ser declaradas ao Fisco, sendo incluídas na Ficha Bens e Direitos sob o título "outros bens".

No entanto, alinhada ao entendimento do Banco Central, a Receita Federal também entende que as moedas virtuais não

podem ser equiparadas, para fins de tributação, a moedas no sentido estrito. Ou seja, moedas virtuais ou criptografadas não são moedas eletrônicas denominadas em reais, que têm legitimidade para funcionar como meio de pagamento em decorrência de determinação legal.

Assim, o crime disposto no art. 22 da Lei nº 7.492/86¹¹, em especial pela definição apresentada pelo seu parágrafo único, não se aplica às moedas digitais pelo fato de elas não serem consideradas moeda ou divisa pelo Banco Central, que seria o órgão competente para completar a norma penal em branco heterogênea.¹²

Nesse ponto, a existência de casos julgados ou notícias de fato sobre a tentativa de imputação dessa prática criminal é praticamente inexistente nos sistemas de buscas, embora o BTC já esteja no Brasil ao menos desde o ano de 2012.

Nada obstante, foram localizados alguns entendimentos da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal do Ministério Público Federal, em que a conduta típica do uso irregular do BTC (veja bem, leitor, não é possuir ou vender bitcoins e declará-los à Receita Federal, mas praticar a conduta de prometer a venda do BTC, receber por isso e não entregá-lo ao comprador) não seria crime contra o sistema financeiro, mas sim contra a economia popular:

Processo: 1.30.001.002893/2017-80 Voto: 6477/2017 Origem: PROCURADORIA DA REPÚBLICA - RIO DE JANEIRO Relator(a): Dr(a) MARIA HELENA DE CARVALHO NOGUEIRA DE PAULA

Ementa: Notícia de Fato. Representação formulada perante a Sala de Atendimento ao Cidadão, em que o noticiante informa que teria efetuado compra de moedas virtuais em site russo, mas que, após o pagamento, não foi creditado qualquer valor em sua carteira virtual. Possível prática de crime contra a economia popular por parte de criadores de site na internet. Lei nº 1.521/51, art. 2º, IX. Revisão de declínio de atribuições (Enunciado nº 32, 2ª CCR). **A conduta narrada, por envolver moeda virtual (Bitcoin), caracteriza, em tese, delito contra a economia popular. Não se trata de eventual crime contra o Sistema Financeiro Nacional, situação que afasta a competência da Justiça Federal. Incidên-**

¹¹ "Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente."

¹² A norma penal em branco será heterogênea exatamente quando seu complemento advier de uma fonte normativa com *status* diferente.

cia do Enunciado nº 498 da Súmula do Supremo Tribunal Federal (Compete à justiça dos estados, em ambas as instâncias, o processo e o julgamento dos crimes contra a economia popular). Não há elementos de informação capazes de legitimar a atribuição do Ministério Público Federal para persecução penal. Homologação do declínio em favor do Ministério Público Estadual.

Deliberação: Em sessão realizada nesta data, o colegiado, à unanimidade, deliberou pela homologação do declínio de atribuição, nos termos do voto do(a) relator(a). Participaram da votação os membros Dra. Luiza Cristina Fonseca Frischeisen e Dr. José Adonis Callou de Araújo Sá. (grifos nossos).

Além disso, não há interpretação ou analogia desfavorável no direito penal, por força do art. 1º do Código Penal (princípio da legalidade)¹³, e também por força da disposição constitucional no inciso XXXIX, do art. 5º da CF.¹⁴

Desse modo, as operações internas e externas com o BTC não são ilegais nem configurariam crime.

Porém, quando da conversão da moeda para reais ou outro bem e existindo ganho de capital, o contribuinte deverá pagar Imposto de Renda no percentual de 15% sobre esse ganho, sendo que, na hipótese de o ganho ser igual ou maior do que R\$35.000,00 (trinta e cinco mil reais) em um único mês, o imposto deverá ser recolhido no mês seguinte ao fato gerador.

Nessa hipótese, a omissão no recolhimento do tributo configura sonegação tributária, hipótese na qual incide multa administrativa, após o lançamento do tributo e a figura penal dos crimes contra a ordem tributária.¹⁵

Do mesmo modo, caso algum investidor pretenda realizar o branqueamento de capitais (lavagem de dinheiro) com o BTC, ele será punido penalmente, na medida em que o ato anterior de obtenção da vantagem indevida já é uma infração penal e a

¹³ "Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)."

¹⁴ "XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".

¹⁵ "Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000)

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;
II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

sua conversão em BTC, carro, casa, iate, moto, telas já configura a dissimulação.¹⁶

Por conseguinte, a utilização do BTC é legal do plano de vista jurídico constitucional brasileiro, sendo que o seu emprego para atividades criminosas é punido legalmente, conforme o arcabouço jurídico existente.

3.1 Da natureza jurídica das transações com as moedas digitais e da incidência tributária

A procura pela natureza jurídica de um instituto significa explicá-lo aos olhos do direito, definindo-se a essência da coisa em discussão.

Nessa senda, a utilização das moedas digitais para a compra de bens móveis ou imóveis é considerada como escambo¹⁷ ou

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza: (Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000)

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa."

¹⁶ Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

¹⁷ Escambo, permuta, troca direta ou, simplesmente, troca é a transação ou contrato em que cada uma das partes entrega um bem ou presta um serviço para receber da outra parte um bem ou serviço em retorno em forma de crédito, sem que um dos bens seja moeda.

permuta, cuja regulamentação é a mesma utilizada nos contratos de compra e venda:

Art. 533. Aplicam-se à troca as disposições referentes à compra e venda, com as seguintes modificações:
I - salvo disposição em contrário, cada um dos contratantes pagará por metade as despesas com o instrumento da troca;
II - é anulável a troca de valores desiguais entre ascendentes e descendentes, sem consentimento dos outros descendentes e do cônjuge do alienante.

Por isso, é tributada como compra e venda normais (ICMS, ITBI, IPI).

Já a troca de dinheiro por moedas digitais é fato gerador do pagamento de IRPF, sendo devido o pagamento de 15% sobre o ganho de capital à União, por meio da Receita Federal.

3.2 Do Projeto de Lei nº 2.303/15

O Projeto de Lei nº 2.303/15 tem a seguinte redação:

Art. 1º Modifique-se o inciso I do art. 9º da Lei 12.865, de 09 de outubro de 2013:

“Art. 9º

.....
I - disciplinar os arranjos de pagamento; incluindo aqueles baseados em moedas virtuais e programas de milhagens aéreas;”

Art. 2º Acrescente-se o seguinte § 4º ao art. 11 da Lei 9.613, de 03 de março de 1998:

“Art. 11

§ 4º As operações mencionadas no inciso I incluem aquelas que envolvem moedas virtuais e programas de milhagens aéreas”

Art. 3º “Aplicam-se às operações conduzidas no mercado virtual de moedas, no que couber, as disposições da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, e suas alterações.

A finalidade da norma é incluir as moedas digitais no sistema brasileiro de pagamentos, equiparando-as a moeda eletrônica, além de dispor sobre a incidência do Código do Consumidor sobre as operações realizadas com essa forma de pagamento.

Ocorre que a pretensão legislativa está cometendo um grande equívoco, segundo o Banco Central, pois estaria reconhecendo a moeda digital como moeda propriamente dita, em detrimento do real, que possui curso forçado no país.

Com efeito, segundo o representante do Banco Central na audiência pública realizada no Congresso Nacional no dia 30/08/2017, as moedas digitais possuem valor como um carro, uma moto, uma casa, mas nem por isso esses bens são considerados como moeda. Além disso, a regulação de uma tecnologia que ainda se encontra em desenvolvimento pode inibi-la, prejudicando o seu desenvolvimento.

Do mesmo modo, a afirmação da aplicação do Código do Consumidor é redundante, já que nas operações consumeristas esse código já se aplicaria, independentemente de disposição expressa.

O vídeo da audiência pública está disponível no YouTube, por meio do seguinte link: <https://www.youtube.com/watch?v=TKI44URYKYM>.

Noutro ponto, o Japão já reconheceu o Bitcoin como moeda propriamente dita, autorizando a sua recepção pelos comerciantes como forma de pagamento. Essa pioneira lei, editada no ano de 2017, ainda está sendo observada pelas demais nações, tendo em vista as peculiaridades do sistema financeiro local, embora já indique uma forma de legislação a ser implementada pelas demais nações sem que se iniba a tecnologia e o seu desenvolvimento.

Destarte, o projeto de lei ainda deve amadurecer e ter a sua redação complementada ou alterada, trazendo maior segurança para os investidores e usuários das moedas digitais, sem a criação de insegurança jurídica, algo tão comum no Brasil, fruto da legislação analítica advinda do sistema romano.

3.3 Da detecção de operações fraudulentas pelos sistemas internos das instituições financeiras

As instituições financeiras são obrigadas a gerenciar e acompanhar movimentações suspeitas das contas bancárias sob a sua responsabilidade, no intuito de inibir a utilização do sistema financeiro formal para a prática de condutas típicas, como a aplicação de golpes ou a lavagem de capitais.

Essa atividade é controlada pelo COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras), cuja finalidade é prevenir e combater o crime de lavagem de dinheiro e o financiamento ao terrorismo, nos termos do art. 9º da Lei 9.613/99.

No caso concreto enfrentado por esse patrono, foi detectada pelos sistemas de segurança da instituição financeira a movimentação anormal de uma conta poupança em que inúmeros depósitos foram realizados no mesmo dia e nos seguintes, todos com valores de R\$50,00 e R\$100,00.

Nessa situação a conta foi bloqueada pelo sistema, tendo o cliente comparecido para justificar a situação, já que a conta utilizada era uma poupança, a qual não foi aberta com todos os elementos necessários para a identificação da renda formal e informal do correntista.

Na resposta apresentada, alegou-se que se tratava de investimento legalizado, cuja origem do minerador era um país africano, sendo as moedas comercializadas no Brasil, em especial o Bitcoin, por intermediação dele.

Infelizmente até o fechamento deste artigo não foi possível a elaboração do parecer jurídico conclusivo nem do proferimento da decisão definitiva do gerente sobre a manutenção da conta, já que foram solicitados os comprovantes das operações (recibos), além da comprovação da renda formal e informal do cliente, bem como a justificativa da não utilização de uma conta-corrente para essas operações.

Apesar disso, deixa-se o alerta desse novo tipo de operação, que não poderá ser tratado, a princípio, como crime, conforme fundamentação já apresentada, devendo ser analisado o caso em concreto, buscando-se elementos para a confirmação da legalidade das operações, afastando a hipótese de encerramento ou bloqueio da conta, o que poderá gerar prejuízos para a instituição financeira, sem prejuízo do ajuizamento de ação judicial discutindo eventual falha no serviço.

Por oportuno, apenas para não deixar o leitor sem resposta sobre a conclusão do parecer, a depender da comprovação dos clientes, a operação não poderá ser considerada ilícita, devendo-se prosseguir, desde que ocorra a atualização de todos os dados do cliente, seja comprovada algumas operações por recibos idôneos e a movimentação financeira ocorra por conta-corrente, assim como a gerência acompanhe mensalmente a conta, analisando o seu fluxo e a existência de eventuais reclamações.

4 Das possibilidades de negócio

Existem diversas possibilidades de negócio com a utilização das moedas digitais e da tecnologia *blockchain*, seja para pessoas físicas, jurídicas, instituições financeiras, sendo algumas delas as seguintes.

4.1 Aquisição da moeda

A moeda pode ser adquirida diretamente numa *exchange*¹⁸ especializada ou com outro usuário que possua a moeda e pre-

¹⁸ Local que reúne compradores e vendedores de moedas digitais,

tenda vendê-la, sendo essa forma a mais comum no Brasil atualmente, aguardando-se a valorização da moeda para futura venda e obtenção de lucro.

Os riscos existentes são as oscilações no valor da moeda, que depende diretamente da lei do mercado, no caso a oferta e a procura, determinando-se a cada segundo um novo valor, tendo em vista a sua utilização global.

4.2 Trade de *altcoins*

A existência de diversas moedas digitais permite a troca entre elas, aproveitando-se o ganho de valor de outro *token*, em razão da implementação de uma nova tecnologia, de uma boa notícia e da lei do mercado da oferta e da procura, propiciando ganho de capital, nos mesmos moldes das bolsas de valores e das ações existentes no mercado.

4.3 Da mineração de moedas digitais

A utilização de computadores para a manutenção da rede descentralizada das moedas digitais denomina-se de mineração, permitindo-se a validação de operações, sendo o detentor dessas máquinas remunerado pelo próprio sistema por isso.

Ocorre que existe a necessidade de máquinas de alto processamento de dados, de energia e de refrigeração, gerando custos.

Essa mineração também pode ser realizada na nuvem, hipótese na qual o investidor aluga parte da potência dos computadores de algum fornecedor especializado, tendo como retorno a moeda digital escolhida.

4.4 Da ICO

A ICO é uma oferta inicial de moeda, em que os criadores de um novo *token* digital oferecem uma nova moeda cripto-grafada aos investidores em troca de fundos para o desenvolvimento de um novo projeto.

Essa tecnologia pode ser desenvolvida em conjunto pelos bancos, do mesmo modo que ocorreu com a bandeira de cartões ELO e os terminais de autoatendimento 24 horas.

4.5 Da criação de um fundo de investimento pelas instituições financeiras brasileiras

Os fundos de investimento criados pelas instituições financeiras têm por objetivo unir os esforços dos investidores de modo

coletivo e aplicá-los nos investimentos tradicionais, como tesouro, ações, setor imobiliário, distribuindo o retorno sobre o capital de acordo com as cotas dos investidores.

Essa operação é regulada pela Instrução da Comissão de Valores Monetários nº 555, de 17 de dezembro de 2014, em que são previstos inúmeros requisitos e limites, garantindo-se liquidez e certa segurança para as aplicações coletivas.

Embora a norma nada comente sobre as moedas digitais, ela acaba restringindo a existência de fundos de investimento nas *altcoins* e no Bitcoin, em razão da exigência no §1º do art. 95, que impõe às instituições que componham a carteira do fundo a autorização de funcionamento pelo Banco Central ou pela CVM.

Art. 95. O fundo deve manter seu patrimônio aplicado em ativos financeiros nos termos estabelecidos em seu regulamento, observados os limites de que trata esta Instrução.

§ 1º Somente podem compor a carteira do fundo ativos financeiros que sejam registrados em sistema de registro, objeto de custódia ou objeto de depósito central, em todos os casos junto a instituições devidamente autorizadas pelo Banco Central do Brasil ou pela CVM para desempenhar referidas atividades, nas suas respectivas áreas de competência.

§ 2º Os ativos financeiros cujo emissor for pessoa referida no art. 102, incisos II ou IV devem obrigatoriamente ser objeto de depósito centralizado ou custódia, ressalvados os contratos derivativos.

§ 3º Os ativos financeiros cuja liquidação possa se dar por meio da entrega de produtos, mercadorias ou serviços devem:

I – ser negociados em mercado organizado que garanta sua liquidação, observado o disposto no § 7º do art. 39.

Nesse contexto, a conduta restritiva existente pelo ordenamento interno impede o acesso a novas formas de investimentos intermediados pela estrutura financeira do país, que, apesar da sua volatilidade, passou a ser de interesse dos investidores e não pode ser relegada.

Por conseguinte, do plano de vista jurídico, cabe à instituição financeira interessada na criação do fundo consultar a CVM sobre a possibilidade da criação do novo produto vinculado às *altcoins* e ao Bitcoin, tendo como base a existência de liquidez do ativo digital no mercado brasileiro, permitindo-se a coletivização do investimento, o retorno sobre o capital, a remuneração com a administração e a obtenção de renda com os tributos incidentes, demonstrando a sintonia do país com as novas

tecnologias e com a Constituição Federal, que constitucionalizou o dever do Estado brasileiro em proporcionar os meios de acesso à tecnologia e à inovação, conforme dispositivos transcritos:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)

[...]

Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.

Assim, não tem sentido a Constituição Federal determinar ao Estado brasileiro que propicie o acesso e os meios à tecnologia e à inovação, mas a norma infraconstitucional restringir esse acesso.

Por isso, a consulta à CVM é fundamental para garantir a possibilidade da criação desse fundo, contribuindo para a ampliação do acesso a essas novas tecnologias, bem como garantir o excelente *marketing* para a instituição financeira que conseguir ser a primeira na criação desse investimento, demonstrando a sua sintonia com o futuro e com os bancos digitais.

A criação de um fundo de investimento em moeda digital já é uma realidade no Canadá, conforme notícia que pode ser lida no seguinte link: https://www.bcsc.bc.ca/News/News_Releases/2017/69_B_C__Securities_Commission_grants_landmark_bitcoin_investment_fund_manager_registration/, retirada do próprio sítio eletrônico da British Columbia Securities Commission, que declarou a obtenção de autorização da Comissão de Valores Monetários do Canadá para a gestão de um fundo de investimento em moedas digitais.

Com efeito, a existência do público de investidores nesse produto e o interesse no lucro pelas instituições financeiras permitem o cenário ideal para a existência desse fundo de investimento, proporcionando ganhos para todos, sendo fundamental e de grande valor a obtenção de autorização junto à CVM para a gestão dessa aplicação.

Conclusão

As moedas digitais estão presentes em nossos sistemas financeiros, sendo uma forma paralela ao sistema imposto e de curso

forçado pelo Estado, propiciando o empoderamento dos seus usuários frente às políticas econômicas adotadas por um país.

Apesar disso, a sua utilização não é ilegal, propiciando a criação da denominada internet do sistema financeiro, alavancando negócios e garantindo a maior circulação de riquezas, derrubando as últimas barreiras para a plena integração mundial, iniciada com o advento da internet.

Desse modo, o conhecimento, o estudo, a adoção das novas tecnologias criadas, em especial do *blockchain*, garantirão maior confiabilidade para o sistema, não só em relação a pagamentos, mas também quanto a demais informações e cadastros, propiciando a descentralização do armazenamento e a desburocratização do sistema sem os riscos de perda ou violação de dados até outrora existentes.

Assim, a utilização dessa tecnologia e o investimento nela propiciam ganhos não só estruturais mas também financeiros, e a sua democratização é um dever do Estado e das instituições financeiras, que são o próprio alicerce da economia de um país.

Por isso, a criação de um fundo de investimento em *altcoins* e Bitcoin é permitida constitucionalmente, merecendo revisão as disposições criadas pela CVM, garantindo-se o acesso dos investidores, por meio das instituições financeiras do país, a essas novas tecnologias, obtendo-se o retorno financeiro almejado.

Referências

1º Blockchain FEBRABAN. Disponível em: <<https://portal.febraban.org.br/pagina/3199/51/pt-br/1-blockchain-febraban>>. Acesso em: 1 set. 2017.

Altcoins. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Altcoins>>. Acesso em: 1 set. 2017.

Ata da 687ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal do MPF. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/revisao/atas-de-revisao-1/atas/ata-687-28-08-2017.pdf>>. Acesso em: 9 out. 2017.

BARREIROS NETO, Jaime. Aula 06 – Aplicabilidade das normas constitucionais. 2007. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/eadcnj/pluginfile.php/136604/mod_resource/content/0/AULA_06.pdf>. Acesso em 9 set. 2017.

Bitcoin. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Bitcoin>>. Acesso em: 1 set. 2017.

Blockchain sem Mistérios. Disponível em: <<https://cmsportal.febraban.org.br/Arquivos/documentos/PDF/08%2045%20-%2020Blockchain%20sem%20Mist%20C3%A9rios%20-%20Thiago%20Ponte.pdf>>. Acesso em: 1 set. 2017.

CASTRO, Guilherme Couto de. **Direito Civil** – Lições. 6ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

COAF. Disponível em: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/backup/Pessoas_Obrigadas/perguntas-e-respostas>. Acesso em: 9 out. 2017.

Comunicado nº 25.306 de 2014. Disponível em: <<https://www3.bcb.gov.br/normativo/detalharNormativo.do?method=detalharNormativo&N=114009277>>. Acesso em: 1 set. 2017.

Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 1 set. 2017.

Devo declarar meus bitcoins? Disponível em: <<https://jota.info/colunas/jota-inside/devo-declarar-meus-bitcoins-11042017>>. Acesso em: 1 set. 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito.** 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

Escambo. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Escambo>>. Acesso em: 2 set. 2017.

Ethereum. Disponível em: <<https://www.ethereum.org/>>. Acesso em: 1 set. 2017.

Febre do ouro digital no Japão faz valor da Bitcoin disparar. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/mercados/febre-do-ouro-digital-no-japao-faz-valor-do-bitcoin-disparar/>>. Acesso em: 2 set. 2017.

Fundo de Investimento. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/menu/regulados/fundos/sobre.html>>. Acesso em: 2 set. 2017.

Lei nº 1.521/51. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1521.htm#art33>. Acesso em 9 out. 2017.

Lei nº 8.137/90. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>. Acesso em: 2 set. 2017.

Lei nº 9.613/98. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em 2 set. 2017.

Lei nº 7.492/83. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7492.htm>. Acesso em: 1 set. 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

Natureza Jurídica. Disponível em: <<http://www.dicionarioinformal.com.br/natureza%20juridica/>>. Acesso em: 2 set. 2017.

Norma Penal em Branco. Disponível em: <<https://blog.ebeji.com.br/normal-penal-em-branco-heterogenea-ou-homogenea-homovitelina-ou-heterovitelina/>>. Acesso em: 2 set. 2017.

O que é ICO? Disponível em: <<https://portaldobitcoin.com/o-que-e-ico/>>. Acesso em: 2 set. 2017.

Os crimes e as penas na obra de Beccaria. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8695>. Acesso em: 1 set. 2017.

Peer-to-peer. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Peer-to-peer>>. Acesso em: 1 set. 2017.

Projeto de Lei nº 2.303/15. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichade tramitacao?idProposicao=1555470>>. Acesso em: 2 set. 2017.

The Finance Crime Enforcement Network (FinCEN). Disponível em: <https://en.wikipedia.org/wiki/Financial_Crimes_Enforcement_Network>. Acesso em: 1 set. 2017.

Token (chave eletrônica). Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Token_\(chave_eletr%C3%B4nica\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/Token_(chave_eletr%C3%B4nica))>. Acesso em: 1 set. 2017.

Breves considerações a respeito do princípio do *duty to mitigate the loss* aplicado às hipóteses de ação rescisória – um ensaio a respeito da prescrição “extracorrente” ou “relativização da coisa julgada prescricional” no processo do trabalho

Gerson Oscar de Menezes Jr

*Mestre em Administração Pública
Assessor Jurídico no Banco do Brasil no
Estado do Piauí
Professor da Faculdade de Tecnologia
do Piauí – Fatepi*

Marcel Coelho Leandro

*Assessor Jurídico no Banco do Brasil no
Estado do Ceará
Educador Corporativo da Universidade Corporativa
Banco do Brasil*

RESUMO

O presente ensaio relata um estudo de caso envolvendo a aplicação do princípio do dever de mitigar o próprio prejuízo (*duty to mitigate the loss*) na propositura de Ações Rescisórias Trabalhistas fundadas principalmente nos incisos IV, V e VII do artigo 966 do atual Código de Processo Civil. Em suma, apresenta-se no artigo a necessidade-possibilidade de se relativizar os efeitos da ação rescisória a depender de como ela fora proposta.

Palavras-Chave: Ação Rescisória. Prescrição. Processo do trabalho. Mitigar o próprio prejuízo.

ABSTRACT

This paper aims to demonstrate the occurrence of a “external” prescription deadline, on proposing the “Revocational”

Legal Action at Brazilian labor-procedural system according to the application of the “duty to mitigate the loss”-statement. It is necessary and possible to mitigate the effects of a Revocational-action, by analyzing how long it has been taken to propose it.

Keywords: Revocational Legal Action. Legal Deadline. Labor-Legal Procedures. Duty to Mitigate the Loss.

1 Da ação rescisória

A ação rescisória é uma ação autônoma de impugnação de decisões judiciais, tendo por escopo-objeto atacar uma decisão já transitada em julgado, em razão de serem constatados vícios na sua prolação (sejam esses vícios internos ou externos, como exemplo: conluio ou suspeição do juiz). Tem natureza declaratória e também constitutiva, visto que intenta modificar uma situação advinda de pronunciamento judicial anterior.

De acordo com Neves (2016, p. 1367),

Como o próprio nome sugere, a ação rescisória tem natureza jurídica de ação, sendo uma espécie de sucedâneo recursal externo, ou seja, meio de impugnação de decisão judicial que se desenvolve em processo distinto daquele no qual a decisão judicial foi proferida, comumente chamada de ação autônoma de impugnação.

Ainda de acordo com esse doutrinador, trata-se de *uma derradeira chance de justiça em detrimento da segurança jurídica*, sendo também, em suas palavras, **o último suspiro de justiça do sistema processual pátrio**. Suas origens remontam ao direito canônico e medieval, remetendo à *querela nulitatis* (Martins, 2002, p. 450), opinião da qual discorda Teixeira Filho (2009, p. 2743), calcado em Pontes de Miranda, para quem: “A rescisória é oriunda da concepção romana de sentença, mais a concepção de *sententia nulla*, perante o juiz privado, recompostas pelos glosadores canonistas do século XIII, mais a correção realizada pelo princípio germânico da força formal da Sentença”.

Objetiva, portanto, desconstituir um pronunciamento judicial de mérito, embora tenha o novo diploma processual previsto hipóteses de cabimento contra decisões não tecnicamente de mérito, como no inciso I, §2º do artigo 966 do Código de Processo Civil.

2 Dos efeitos da rescisória e da dúvida surgida a partir do conceito de relativização da coisa julgada

Os efeitos da rescisória, em caso de sua procedência, atingem diretamente a ação rescindenda com efeitos *ex tunc*, relativizando assim os efeitos da coisa julgada.

Todavia, deve ser ponderada a seguinte questão: sendo um meio excepcional de se conseguir a relativização da coisa julgada, tal relativização será sempre unidirecional (unidimensional) ou se faz necessário (dado seu próprio caráter de "meio excepcional") contextualizar tais efeitos, analisando as condições nas quais fora proposta a Ação Rescisória?

É a análise que se impõe e que adiante pretende se demonstrar a partir da análise de suas hipóteses de cabimento.

3 Das hipóteses de cabimento

De acordo com o artigo 966 do CPC, a ação rescisória é cabível quando

Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;
II - for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;
III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;
IV - ofender a coisa julgada;
V - violar manifestamente norma jurídica;
VI - for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;
VII - obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;
VIII - for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos.

Em uma análise simples, dentre todas as hipóteses de cabimento percebe-se, com facilidade e nitidez, que em alguns casos há uma influência externa a ensejar o cabimento. Já em outros **o vício que enseja sua proposição é intrínseco ao julgado, caso dos incisos IV, V e VIII**, que dependem tão somente de uma análise detalhada dos autos.

Neste sentido, reformulando-se a pergunta anteriormente proposta, nos casos de **vício intrínseco ao julgado**, representado pelas hipóteses grifadas, seria coerente e justo que a rescisão do *decisum* ignorasse eventual mora do autor na análise e identificação desse vício? (Relativização específica x relativização ampla da coisa julgada). Vejamos, em detalhe, cada uma destas hipóteses destacadas.

A coisa julgada foi alçada a princípio constitucional nos termos do inciso XXXVI do artigo 5º da Carta de 1988, sendo que sua prova é através de documentos, tanto que Teixeira Filho (2009, p. 2.831) aduz:

Sendo, como afirmamos, essencialmente documental a prova da presença de coisa julgada material no mundo jurídico, temos que ela deverá ser produzida já com a inicial, sob pena de indeferimento desta peça, uma vez que desacompanhada de documento indispensável ao ajuizamento da demanda, conquanto o relator deva antes assinar prazo de dez dias para suprimento da falta.

O erro de fato diz respeito a decisões que consideram existente fato incorrido ou inexistente fato que efetivamente ocorrera. O novo CPC imprimiu tecnicidade ao conceito de erro de fato, tanto que, ainda em 2011, ao analisar o anteprojeto do CPC, Barinoni (2011, p. 228) prolatou que

Com o propósito de adequar o texto legal, o projeto do novo CPC modifica a hipótese do inciso IX do art. 485 do CPC, que passará a permitir a rescisão quando a decisão estiver “fundada em erro de fato verificável do exame dos autos”. A redação é muito mais técnica e clara.

Também aqui se verifica que a “apuração” do erro decorre da análise dos autos, tanto que Barbosa Moreira (apud TEIXEIRA FILHO, 2009, p. 2.871-2.872¹):

Podemos dizer que essa espécie de erro advém de falta ou de excesso de visão do magistrado, no primeiro caso, ele não vê um fato efetivamente ocorrido (e alegado nos autos); no segundo, ele vê um ato que verdadeiramente não existiu. Tanto lá como aqui, entretanto, a sentença estará comprometida por essa

¹ O Professor Teixeira Filho ainda nos traz Liebman para quem o erro de fato não é um erro de julgamento e sim de percepção do juiz.

eiva, por essa falha de percepção visual e renderá ensejo ao exercício de uma pretensão rescisória.

Por fim, entre as hipóteses grifadas para estudo, ainda temos **a violação manifesta de norma jurídica**. Embora o conceito de norma jurídica possa ser tomado em sentido amplo, deve-se ponderar o entendimento dos Tribunais Superiores, os quais entendem não ser cabível ação rescisória contra precedente ou súmula, como também os ensinamentos de Neves (2016, p. 1.375):

Não é qualquer violação, da lei que admite o ingresso da rescisória, entendendo a melhor doutrina e a jurisprudência que a literal violação exige que no momento de aplicação da norma por meio da decisão judicial não exista interpretação controvertida nos tribunais. Há inclusive súmula [343/STF] nesse sentido. Significa dizer que, se havia polêmica à época da prolação da decisão, ainda que à época da ação rescisória o entendimento tenha se pacificado em torno da tese defendida pelo autor, não será possível a desconstituição.

Considerando a doutrina de Neves, é imperioso trazer a lume para as devidas ponderações o precedente 408 do Tribunal Superior do Trabalho:

AÇÃO RESCISÓRIA. PETIÇÃO INICIAL. CAUSA DE PEDIR. AUSÊNCIA DE CAPITULAÇÃO OU CAPITULAÇÃO ERRÔNEA NO ART. 966 DO CPC DE 2015. ART. 485 DO CPC DE 1973. PRINCÍPIO “IURA NOVIT CURIA” (nova redação em decorrência do CPC de 2015) – Res. 208/2016, DEJT divulgado em 22, 25 e 26.04.2016. Não padece de inépcia a petição inicial de ação rescisória apenas porque omite a subsunção do fundamento de rescindibilidade no art. 966 do CPC de 2015 (art. 485 do CPC de 1973) ou o capitula erroneamente em um de seus incisos. Contanto que não se afaste dos fatos e fundamentos invocados como causa de pedir, ao Tribunal é lícito emprestar-lhes a adequada qualificação jurídica (“iura novit curia”). **No entanto, fundando-se a ação rescisória no art. 966, inciso V, do CPC de 2015 (art. 485, inciso V, do CPC de 1973), é indispensável expressa indicação, na petição inicial da ação rescisória, da norma jurídica manifestamente violada (dispositivo legal violado sob o CPC de 1973), por se tratar de causa de pedir da rescisória, não se aplicando, no caso, o princípio “iura novit curia”.** (ex-Ojs n°s 32 e 33 da SBDI-2 - inseridas em 20.09.2000)

Ou seja, para ser possível a interposição de uma Ação Rescisória por violação de norma é imperioso que seja(m)

consignada(s) na petição inicial qual(is) a(s) norma(s) violada(s), indicando-se também como ocorreu essa violação. Em não assim se procedendo, ter-se-á por indeferido o pleito.

Analisando-se as três hipóteses de cabimento destacadas e descritas supra, pode-se inferir que **a) todas tratam a respeito de vícios verificáveis no seio dos próprios autos e b) todas possuem requisitos bem definidos para seu cabimento, com pouco espaço de 'margem interpretativa' [do preenchimento] desses requisitos.**

Isso posto, partindo dessas premissas, é possível extrair que o objetivo do legislador fora dar um caráter "urgencial" e *numerus clausus* a tais possibilidades de cabimento, visando assim evitar a quebra do Princípio da Segurança Jurídica.

Inclusive ao analisar a questão do prazo para propositura das Ações Rescisórias, o Neves (2016, p. 1388, grifos nossos) pondera o seguinte inconveniente:

O artigo 975, *caput*, do novo CP, não prevê o termo inicial da ação rescisória, mas tão somente seu termo final. [...] significa dizer que, constando o trânsito em julgado de capítulo de decisão de mérito, a parte poderá imediatamente ingressar com ação rescisória, tendo como termo final do exercício desse direito o prazo de dois anos da última decisão proferida no processo.

Esse entendimento, entretanto, não elimina um sério inconveniente: a possibilidade de propositura de ação rescisória muito tempo depois que o mérito tenha sido julgado definitivamente. Como é notório, os processos em trâmite perante a Justiça Brasileira, em geral, não atendem ao princípio constitucional da duração razoável do processo. Imagine uma hipótese, em nada improvável, que uma decisão interlocutória de mérito tenha resolvido parcela do pedido e que, em razão de sucessivos recursos contra a parcela de mérito decidida, a última decisão a ser proferida nesse processo ocorra somente 10 anos depois. **Significa que a parte terá um prazo de 12 anos para rescindir a decisão parcial de mérito. Não é preciso muito esforço para se notar que, neste caso, estar-se-á diante de grave violação à segurança jurídica.**

Neste sentido, pelo prisma da Segurança Jurídica, pondere-se: é direito da parte propor a ação rescisória no prazo de dois anos contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo (CPC art. 975). Mas, analisando-se especificamente nas hipóteses aqui elencadas, que independem de **fator extrínseco** a ensejar sua propositura, não ofenderia essa mes-

ma Segurança Jurídica uma eventual mora do autor nessa propositura? Entendemos que **SIM**, visto ser dever da parte contribuir para que seu prejuízo seja mitigado. A seguir, de forma a aprofundar o tema, será realizado o estudo através da análise de um caso concreto.

3 Do caso analisado: processo 0080003-12.2017.5.22.0000 – Geovan Rodrigues Xavier x Banco Do Brasil S.A.

A ação rescisória em tela visou desconstituir acórdão no processo 0002898-92.2013.5.22.0001 que julgou improcedentes os pleitos do autor a respeito de uma verba denominada de *anuênios* representada pelo aumento de 1% no vencimento base dos funcionários do Banco do Brasil S.A. a cada ano trabalhado. Tal verba teria sido suprimida da remuneração ao fim da década de 90 do século passado.

O processo principal (rescindendo) declarou prescritas as verbas anteriores a 29 de agosto de 2008 e **improcedente** no geral o pedido de restabelecimento dos anuênios, sendo que, conforme o teor dos autos, o processo rescindendo transitou em julgado em 30 de março de 2015.

PODER JUDICIÁRIO
JUSTIÇA DO TRABALHO
TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO

Processo Nº AIRR - 2898-92.2013.5.22.0001

CERTIDÃO

Certifico que, até o dia 30/03/2015, não houve interposição de recurso contra a decisão proferida nesses autos.

Brasília, 7 de abril de 2015.

Firmado por Assinatura Eletrônica (Lei nº 11.419/2006).
CÂNDIDA ANTUNES FERREIRA LOPES
TÉCNICO JUDICIÁRIO

Fig.1 – Certidão de Trânsito em Julgado

Analisando-se a inicial da ação rescisória, ela fora distribuída **em 11 de janeiro de 2017**, calcada em violação manifesta à norma jurídica, nos termos da inicial alega-se que a decisão rescindenda ofendeu o artigo 468 da Consolidação das Leis do Trabalho, conforme se verifica:

I - DO CABIMENTO DA RESCISÓRIA

A norma processual insculpida no artigo 966 do Novo Código de Processo Civil assim dispõe:

"Art. 966 - A decisão de mérito, transmitida em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - for proterida por juiz impedido ou por juiz absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou ainda de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar manifestante norma jurídica;

No caso de epígrafe a norma jurídica violada foi ao artigo 468 da CLT que assim dispõe:

Art. 468 - Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

§ único - Não se considera alteração unilateral e determinação do empregador para que o respectivo empregado reverta ao cargo efetivo, anteriormente ocupado, deixando o exercício de função de confiança.

Sobre a violação ao artigo 468 da CLT, e contrariedade à Súmula 51, o Tribunal Superior do Trabalho - TST ao julgar casos semelhantes já reconheceu a referida violação, senão vejamos:

Figs. 2 e 3 – Extrato da Petição Inicial

A ação rescisória fora provida pelo Tribunal Regional da 22ª Região, tendo o acórdão sido ementado como segue (com grifos nossos):

ACORDAM os Exmos. Srs. Desembargadores do E. Tribunal Pleno do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, por unanimidade, admitir a ação rescisória, rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, afastando-se as prejudiciais, por maioria, julgá-la procedente para reconhecer a violação manifesta de norma jurídica (art. 468 da CLT), anulando-se a decisão rescindenda e, em juízo rescisório, condenar o banco reclamado a pagar os anuênios requeridos na exordial da reclamação trabalhista, com reflexos sobre todas as verbas salariais, inclusive 13º salário, férias, FGTS, licença-prêmio e PLR, **excetuando-se os créditos anteriores a 29.09.2008, em razão da prescrição quinquenal**, tudo acrescido de correção monetária e juros de mora na forma da legislação aplicável à espécie, bem assim dos encargos previdenciários e fis-

cais, além dos honorários de advogado no percentual de 15% (quinze por cento) sobre o valor monetariamente corrigido da condenação. Condena-se, ainda, o réu a pagar as custas processuais, no importe de R\$ 800,00 (oitocentos reais), calculadas sobre o valor ora arbitrado à condenação de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais). Vencido o Exmo. Sr. Desembargador Fausto Lustosa Neto, que julgava improcedente a ação rescisória.

Entretanto, o acórdão, ao desconsiderar a sentença e declarar prescritas as verbas anteriores a setembro de 2008, promoveu uma relativização da coisa julgada de forma unidimensional [unidirecional], não considerando todas as suas implicações. Pois, embora proposta no prazo [decadencial] cabível, há um **hiato de um ano e dez meses entre o Trânsito em Julgado e a propositura da ação**. Por oportuno deve ser novamente frisado que o autor a manejou calcado na hipótese do inciso V do artigo 966 do CPC, alegando violação ao artigo 468 da CLT.

Assim, o que aparentemente não fora observado é que embora dentro do biênio decadencial, se o **ajuizamento da presente ação se embasa em vício intrínseco, perceptível da mera análise dos autos (in casu violação da norma contida no artigo 468 da CLT), não é correto que o período de inércia do autor lhe seja computado favoravelmente**. Ou seja, se a coisa julgada será relativizada com a procedência da rescisória, com não menos propriedade devem ser relativizadas questões a ela inerentes, e nisso se inclui a questão da relativização da “coisa julgada prescricional”.

Sobre o instituto da prescrição propriamente dito, chama-se em abono de tese a lição de Pamplona Filho (2007, p. 454-455, grifos nossos), *in verbis*:

O maior fundamento da existência do próprio direito é a garantia de pacificação social. De fato, ao fazermos tal afirmação, temos em mente a idéia de que o ordenamento jurídico deve buscar prever, na medida do possível, a disciplina das relações sociais, para que todos saibam - ou tenham a expectativa de saber - como devem se portar para o atendimento das finalidades - negociais ou não - que pretendem atingir. Por isso, não é razoável, para a preservação do sentido de estabilidade social - e segurança jurídica -, que sejam estabelecidas relações jurídicas perpétuas, que podem obrigar, sem limitação temporal, outros sujeitos, à mercê do titular. O exercício de direitos, seja no campo das relações materiais, seja por ações judiciais, deve ser uma consequência e garantia de uma

consciência de cidadania, e não uma ameaça eterna - contra os sujeitos obrigados, que não devem estar submetidos indefinidamente a uma espada de Dâmocles - sobre as suas cabeças. **Ademais, a existência de prazo para o exercício de direitos e pretensões é uma forma de disciplinar a conduta social, sancionando aqueles titulares que se mantêm inertes, numa aplicação do brocardo latino *dormientibus non succurrit jus*. Afinal, quem não tem a dignidade de lutar por seus direitos não deve sequer merecer a sua tutela.**

Vale ressaltar também que o caso analisado ainda traz o “agravante” de que os patronos da autora na ação rescisória são os mesmos do pleito rescindendo, não se justificando qualquer entrave para uma análise da referida hipótese imediatamente após o trânsito em julgado, ainda em 2015.

4 Um norte de solução para o problema: o dever de mitigar o próprio prejuízo

Nos termos do enunciado 169 do Conselho Superior da Justiça Federal, **é dever do credor contribuir para mitigação do próprio prejuízo**, versão brasileira do brocardo anglo-saxão “*duty to mitigate the loss*”. Entendimento este que vem sendo aplicado pela Justiça do Trabalho, conforme se verifica no recente julgado 156800-07.2012.5.17.0012, datado de 19 de junho de 2017, de lavra do eminente Ministro Guilherme Caputo Bastos, *in verbis*:

Entretanto, relativamente ao pleito constante na inicial (pedido 3, fl. 16), de perceber o pagamento de salários, reajustes e vantagens contratuais concedidas aos empregados que continuaram na ativa durante o afastamento do autor, limite temporalmente a pretensão do Autor/Recorrente, à data de 04/09/2012, quando manifestou expressamente ao Sindicato Recorrido a sua intenção de retomar o seu posto de trabalho (fl. 102).

E, faço-o, de ofício (art. 493 NCPC), aplicando a teoria de Duty to Mitigate The Loss - vertente da Boa-Fé Objetiva - que se traduz no dever da parte de mitigar o próprio prejuízo. Sobre esse dever, o doutrinador Flávio Tartuce teceu as seguintes considerações: Trata-se do dever imposto ao credor de mitigar suas perdas, ou seja, o **próprio prejuízo. Sobre essa premissa foi aprovado o enunciado n. 169 do CJF/STF na III Jornada de Direito Civil, pelo qual “O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”.**

A proposta, elaborada por Vera Maria Jacob de Fradera, professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, representa muito bem a natureza do dever de colaboração, presente em todas as fases contratuais e que decorre do princípio da boa-fé objetiva e daquilo que consta do art. 422 do CC. Anote-se que o Enunciado n. 169 do CJF/STJ está inspirado no art. 77 da Convenção de Viena de 1980, sobre a venda internacional de mercadorias, no sentido de que “A parte que invoca a quebra do contrato deve tomar as medidas razoáveis, levando em consideração as circunstâncias, para limitar a perda, nela compreendido o prejuízo resultante da quebra. **Se ela negligencia em tomar tais medidas, a parte faltosa pode pedir a redução das perdas e danos, em proporção igual ao montante da perda que poderia ter sido diminuída**”. Para a autora da proposta, há uma relação direta com o princípio da boa-fé objetiva, uma vez que a mitigação do próprio prejuízo constituiria um dever de natureza acessória, um dever anexo derivado da boa conduta que deve existir entre os negociantes. (TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único/ Flávio Tartuce. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: MÉTODO. 2015. p. 594-595).

O Superior Tribunal de Justiça já vem aplicando tal dever aos contratantes, conforme ementas abaixo anexadas:

DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO. 1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade. 2. Relações obrigacionais. **Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico.** 3. **Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado.** A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade. 4. Lição da doutrinadora Vera Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o

devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o conseqüente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano. 5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária (exclusão de um ano de ressarcimento). 6. Recurso improvido. (STJ - REsp: 758518 PR 2005/0096775-4, Relator: Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), Data de Julgamento: 17/06/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/06/2010 REPDJe 01/07/2010)

(Processo 156800-07.2012.5.17.0012, 5ª Turma, Rel. Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos DEJT 22/06/2017, grifos nossos)

Nesta toada, se os efeitos da prescrição no processo de conhecimento objetivam dar segurança jurídica às relações sociais, **com não menos propriedade devem se aplicar aos direitos discutidos quando tais direitos são objetos de pleitos rescisórios.**

5 Proposta para solução do problema – a relativização da coisa julgada em relação à prescrição – a consideração de uma prescrição “extracorrente”

É incontroverso que, em se verificando a alegada violação ao dispositivo da norma do artigo 468, a rescisão da decisão é a medida de justiça que se impõe. **Não obstante é preciso mitigar sua aplicação, dada a mora na qual incorreu a parte autora, que, conforme provado, não pode ser por ela beneficiada.**

Qual seria, portanto, a saída para o problema? Neste caso, propõe-se que seja acrescido ao prazo prescricional da ação rescindenda o hiato de mora no qual sem justificativa plausível incorreu o autor, nos seguintes termos.

Demonstrativo da Prescrição “Extracorrente” ao Presente Caso

Distribuição Inicial	29/09/2013	Prescrição Quinquenal	29/09/2008
Trânsito em Julgado	30/03/2015	Propositura Rescisória	11/01/2017
Quantidade de dias entre Trânsito em Julgado e Rescisória			653
Somando-se esses dias à data da Prescrição Quinquenal			14/07/2010

Fonte: Ids ad184eb, b55dfe3

Entre o Trânsito em Julgado (março de 2015) e a Propositura da Ação Rescisória estudada, temos um hiato temporal de um ano e dez meses, conforme já mencionado. Esse lapso temporal, se convertido em dias (corridos), nos leva a um total de 653 dias.

Desta forma, no passo seguinte ao do cálculo, acrescer-se-ia à data de 29 de setembro de 2008 (a prescrição quinquenal verificada no processo rescindendo) essa mesma quantidade de dias, “trazendo”, pois, **o marco** da prescrição para o dia 14 de Julho de 2010.

Assim, ter-se-ia uma efetividade de justiça, com a modulação dos efeitos *ex tunc* advindos da procedência da rescisória, relativizando-se a “coisa julgada prescricional” **na mesma proporção e medida que a coisa julgada material o fora**, mantendo-se, assim, o equilíbrio entre as partes e preservando o melhor direito. A decisão onde a violação da norma se constatou foi rescindida e a parte a quem ela desaproveita não se viu duplamente penalizada.²

Pondera-se também que no presente caso encontram-se presentes os requisitos mencionados por Câmara Leal (*apud* LORENZETTI, 2009, p. 56) para se configurar a prescrição:

Quatro são os elementos integrantes ou condições elementares da prescrição: a) a existência de uma ação ajuizável (*actio nata*) que é seu objeto, b) a inércia do titular, sua causa eficiente; c) o tempo, fator operante da prescrição; d) a inexistência de causas preclusivas de seu curso, que neutralizariam seus efeitos.

Lorenzetti (2009, p. 25, grifos nossos) ainda leciona que:

² Impende ressaltar também que quando da liquidação de sentença haverá a incidência de juros, daí reforça-se também por esse argumento a necessidade de relativização dos efeitos da prescrição, pois a parte seria até mesmo triplamente penalizada.

A prescrição, como definida acima, não afeta a existência da pretensão, nem a validade do crédito, mas apenas sua eficácia. Caracteriza-se, pois, a prescrição como a perda da eficácia da pretensão, essa a sua natureza. Todavia para que se produza tal efeito, não basta o transcurso de um período de tempo, mas é preciso que esteja caracterizada a inércia do titular do crédito durante o prazo legal. Essa é a razão pela qual só flui a prescrição quando a exigência do crédito for possível e a omissão do credor, **segundo a valoração legal, não for justificável.**

Conclusão

A situação apresentada no presente caso trata-se de um ensaio com propositura, onde um único caso concreto serviu de base para o esboço de considerações iniciais acerca da existência de uma prescrição extracorrente (ou possibilidade de relativização da 'coisa julgada prescricional') nas ações rescisórias.

Ficou igualmente comprovado que nas hipóteses de cabimento contidas nos incisos IV, V e VIII do artigo 966 do novo Código de Processo Civil os vícios ensejadores da propositura da Ação Rescisória são intrínsecos ao processo. Independentes de fatos externos, tais vícios podem ser constatados a partir da leitura dos autos.

Tais comprovações também nos levam a concluir não ser possível nem justo ignorar eventual mora injustificada na propositura de Ação Rescisória calcada nas hipóteses estudadas, visto que ao assim proceder haveria igual ofensa à Segurança Jurídica e a princípios básicos estruturadores do Direito, entre os quais o dever de contribuir para mitigação do próprio prejuízo.

Referências

BARINONI, Rodrigo. Alguns Aparentamentos sobre a Ação Rescisória no Projeto do novo Código de Processo Civil. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, Brasília/DF, ano 48, n. 190, p. 221-235, abr./jun. 2011.

LORENZETTI, Ari Pedro. **A Prescrição e a Decadência na Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito Processual do Trabalho**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil** - Volume Único. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol. I – Parte Geral. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio.
Curso de Direito Processual do Trabalho - Vol III. São Paulo: LTr, 2009.

A evolução do direito do consumidor e o comércio eletrônico: abordagem pelo direito internacional

Floriano Benevides de Magalhães Neto

Advogado da CAIXA no Ceará

Bacharel em Ciências Econômicas

Pós-graduação em Direito Constitucional

Pós-graduação em Direito Empresarial

Lilise Barroso Benevides de Magalhães

Estagiária da CAIXA no Ceará

Universitária de Direito

RESUMO

As grandes transformações ocorridas na sociedade em face da Revolução Industrial, tais como a urbanização e a concentração capitalista, acarretaram uma transformação na sociedade, com o incentivo e o incremento ao consumo, posto que se tinha mais produtos disponíveis buscando um mercado que propiciasse lucro. Entretanto, os ordenamentos jurídicos não refletiram adequadamente a posição do consumidor no mercado, que, baseado nas noções tradicionais do direito privado de liberdade de contratar e autonomia da vontade das partes, continuava dando tratamento igualitário a produtores e consumidores. Na segunda metade do século XX, contudo, ficou mais explícita a vulnerabilidade dos consumidores, sua fragilidade e a necessidade de proteção no campo da política de consumo. No Brasil, a partir da Constituição de 1988, passa-se a definir concretamente os princípios e regras do direito consumerista, que culminaria com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor em 1990. Também se desenvolve a internet e, com esta, o comércio eletrônico. Ocorre, assim, a necessidade de proteção ao consumidor também nas operações via *on-line*, que têm grandes riscos de fraudes, o que necessita o desenvolvimento de legislação protetiva em cada país e no âmbito internacional, objeto de abordagem deste artigo.

Palavras-chave: Direito do consumidor. Comércio eletrônico. Proteção do consumidor. Direito internacional.

RESUMEN

Las grandes transformaciones en la sociedad en la Revolución Industrial, como la urbanización y la concentración

capitalista, llevaron a una transformación en la sociedad, para fomentar el consumo. La legislación no refleja adecuadamente la posición del consumidor en el mercado, basado en nociones tradicionales del derecho general de libertad de contratación y la libertad de elección de las partes, continuó dando igualdad de trato a los productores y consumidores. En la segunda mitad del siglo XX, sin embargo, comenzó a surgir la vulnerabilidad de los consumidores, su fragilidad y la necesidad de protección en el ámbito de la política de los consumidores. En Brasil, a partir de la Constitución de 1988 se va a definir concretamente los principios y normas del derecho consumista, que culminó con la promulgación del Código de Protección al Consumidor en 1990. También desarrolla el Internet y el comercio electrónico. Es, pues, la necesidad de protección de los consumidores también en transacciones a través de Internet, que tienen un alto riesgo de fraude, lo que requiere el desarrollo de una legislación protectora en cada país y a nivel internacional.

Palabras clave: Derecho del consumidor. Comercio electrónico. Protección del consumidor. Derecho internacional.

1 Os direitos humanos, os direitos fundamentais e o direito do consumidor

De início, na Revolução Industrial, não houve o reconhecimento de vulnerabilidade do consumidor frente ao poder econômico dos produtores. Estes, por seu lado, mais e mais foram dominando o mercado, formando oligopólios e monopólios, passando a ditar regras de preço e oferta.

A Revolução Francesa traz à luz os direitos humanos, que já eram discutidos desde a Grécia Antiga, como os inerentes à pessoa humana. A codificação de tais direitos tem sua origem no antigo Egito e na Mesopotâmia, por volta de três mil anos a.C., como mecanismo de proteção dos indivíduos em relação ao Estado. Como dispõe Moreira Neto (2005, p. 449):

O Código de Hamurábi (1690 a.C.) é apontado como a primeira codificação a consagrar direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, e a colocar a supremacia das leis em relação aos governantes. No Direito Romano, a Lei das Doze Tábuas representou a origem textual da consagração da liberdade, a propriedade e a proteção aos direitos do cidadão [...] No entanto, a Carta Magna, outorgada pelo rei inglês João Sem-Terra, em 15 de junho de 1215, representa um dos mais importantes antecedentes históricos das declarações dos direitos humanos fundamentais.

E o genocídio ocorrido na Segunda Guerra Mundial impulsionou uma codificação supranacional dos direitos humanos, através da Organização das Nações Unidas, então recém-criada, consagrados numa Declaração Universal.

Vale ressaltar que direitos humanos não são sinônimos de direitos fundamentais. Os direitos fundamentais são as normas positivadas nos ordenamentos jurídicos dos Estados, tais como direitos civis, sociais e políticos; enquanto aqueles são supranacionais, pertinentes a todos os indivíduos, como o direito à vida, podendo ser efetivados em documentos como tratados e convenções internacionais. Como dispõe Canotilho (1997, p. 54):

Direitos humanos são os direitos válidos para todos os povos em todos os tempos, são inerentes à própria natureza humana; e direitos fundamentais são dos direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-territorialmente. Seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Inicialmente, baseados nos princípios da Liberdade, Igualdade e Fraternidade, despontaram os direitos fundamentais de primeira geração, os relativos às liberdades individuais, antes tolhidas pelo Absolutismo, caracterizando-se obrigação do Estado de não fazer (CAVALCANTE FILHO, 2010).

Com a crise econômica no início do século XX, chamada de Grande Depressão, o Estado passou a intervir mais na economia, com o modelo de Estado Social, por repercussão havendo um indício de busca de equilíbrio entre as partes e a proteção aos setores economicamente menos favorecidos da sociedade.

Com a versão de Estado Social (*welfare state*), desenvolveram-se o que considera Norberto Bobbio os direitos fundamentais de segunda geração, baseados no Direito de Igualdade, considerados os direitos que buscam uma intervenção positiva do Estado para sua concretização, como os direitos sociais, culturais e econômicos, a busca do bem-estar social. É a obrigação do Estado de fazer (MORAES, 2013).

Posteriormente são reconhecidos os direitos fundamentais de terceira geração, baseados na Fraternidade, dotados de alto teor de universalidade e relativos ao desenvolvimento, meio ambiente, comunicação e patrimônio comum da humanidade, não só a proteção dos indivíduos, mas para todos, os direitos difusos e coletivos.

Embora ocorra discussão doutrinária sobre o conteúdo, é quase pacífica a existência de uma quarta geração, em face do avançado grau de desenvolvimento tecnológico. Conforme Ca-

valcante Filho (2010), pode abranger os direitos da engenharia genética e outros decorrentes da bioética, da globalização, de forma a torná-los universais no campo institucional.

Em um quadro-resumo, Penteado (2008, p. 18) sintetiza: “direitos humanos de primeira geração são as liberdades públicas; os de segunda geração, os direitos sociais e econômicos; terceira geração, os direitos metaindividuais; e os de quarta geração, os direitos dos povos”.

Bonavides (2008) apresenta os direitos fundamentais de quinta geração, como o mais relevante de todos para a humanidade: o direito à paz, este extraído da terceira para compor uma geração específica.

Após a Segunda Guerra Mundial, tem-se o incremento do industrialismo e a passagem do modo de desenvolvimento industrial para o informacional/digital.

Do lado do consumo, tem-se uma nova cultura de produção em massa, através da mídia e do incentivo ao consumismo, para alavancar a economia, aumentar as vendas e, de outro lado, gerar mais renda e mais empregos.

O avanço dos direitos fundamentais, entre eles os direitos civis, possibilitou o desenvolvimento do direito do consumidor, inclusive como uma reestruturação do sistema de direito positivo e posteriormente também como direito coletivo, haja vista sua abrangência na sociedade.

Os direitos do consumidor foram reconhecidos em 1973, pela Organização das Nações Unidas, como fundamentais e universais. Posteriormente, através da Resolução nº 39/248 de 1985, a entidade abordou diretamente o tema e incentivou os países a desenvolverem, internamente, a proteção aos consumidores, o que se refletiu na Constituição brasileira de 1988 e no Código de Defesa do Consumidor.

2 A revolução tecnológica e o comércio eletrônico

Nos anos 70, vai surgindo um novo modelo, constituído pela “globalização, reestruturação do capitalismo, redes organizacionais, cultura da virtualidade real e primazia da tecnologia”. O ciberespaço, como novo espaço de comunicação, passa a ser uma das marcas do novo paradigma, em que a informação tornam-se o patrimônio de maior importância, passando a humanidade a viver em um “espaço de fluxos” e em um “tempo intemporal” e o conhecimento (CASTELLS, 1999a, p. 398-421).

Conforme Lévy (2003, p. 24), sobre esse paradigma:

A última década do século XX nos fez atravessar uma fronteira de planetarização notável: fim da bipolaridade política mundial, a explosão do ciberespaço, aceleração da globalização econômica. O comércio internacional se desenvolveu. A onda de não-intervenção, de privatização e de dissolução dos monopólios nacionais (principalmente nas telecomunicações) fez escapar do controle dos Estados as estratégias das grandes empresas mundiais. Os capitais dançam ao redor do mundo enquanto a integração financeira internacional se fortalece.

A atividade mais incentivada nessa nova era de comunicação é o comércio eletrônico, realizado por meios tecnológicos como a internet, principalmente o comércio eletrônico entre consumidor e produtor/fabricante.

Tal comércio possibilita que ofertas, informações e produtos estejam disponíveis em qualquer lugar instantaneamente 24 horas por dia, durante todos os dias do ano, sem necessidade nem mesmo de uma loja física.

Contudo, é necessário analisar os desafios ao direito do consumidor tradicional diante desse novo comércio eletrônico.

Essa área aproxima-se do direito comercial, do direito internacional, do direito penal, do direito civil e do direito do consumidor.

Segundo Brien (2004), *e-commerce* é a compra e venda por meios digitais, engloba a realização de negócios pela internet, não só de produtos e serviços físicos, entregues *off-line*, por meios tradicionais, mas também de produtos como *softwares*, que podem ser digitalizados e entregues *on-line*, através da internet. Destacamos abaixo as principais relações jurídico-contratuais entre os estabelecimentos eletrônicos:

- a. B2B (*business to business*) – os usuários compradores são também empresários, a relação dá-se através de contrato de consumo ou aquisição entre duas empresas, por exemplo, no caso de compra de material de expediente;
- b. B2C (*business to consumer*) – os internautas são consumidores que adquirem os produtos das empresas por meios digitais ou *home pages*. É o chamado varejo eletrônico.
- c. C2C (*consumer to consumer*) – negócios feitos entre os próprios consumidores, cabendo ao empresário apenas intermediar tais contratos disponibilizando o espaço virtual como sites de leilões virtuais.

A atuação dos provedores, de um lado, e dos usuários, de outro, caracteriza uma relação de consumo, posto que os prove-

dores de acesso obrigam-se a prestar serviços de conexão e transmissão de informações, disponibilizando acesso a sites e *home pages*.

3 A proteção aos consumidores na era digital

Nos termos do CDC, toda informação ou publicidade deve ser precisa, com informações claras, corretas e em língua portuguesa. Assim, o site destinado ao comércio eletrônico deve atender aos preceitos do Código de Defesa do Consumidor. Conforme os artigos 18 e 20 do CDC, consideram-se viciados os produtos ou serviços que apresentarem disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo ser exigida a substituição do produto, a restituição imediata da quantia paga ou o abatimento proporcional do preço.

Finkelstein (2003) ressalta que o novo Código Civil unificou o direito privado, porém seus organizadores optaram por traçar normas gerais, haja vista que as técnicas do comércio eletrônico extrapolam o campo do direito civil ou do direito comercial. E as normas gerais não se desatualizam ante inovações tecnológicas.

Embora o Código Civil não tenha parte específica sobre o comércio eletrônico, alguns dispositivos são aplicáveis às questões, tais como o princípio da boa-fé, o princípio da probidade ou lealdade, a transparência e confiança.

A diferença entre um contrato tradicional e um contrato eletrônico está em sua forma, como também a problemática da manutenção de sua integridade, livre de adulterações, e a questão da assinatura digital, visando à prevenção de fraudes, cujas ocorrências multiplicam-se, inclusive com apropriação indevida de dados, compras e saques em contas de terceiros através de invasões de *hackers*. Busca-se segurança e confiabilidade, como também a integridade da mensagem, a segurança da informação e a proteção dos dados pessoais no meio eletrônico, tendo em vista que a vulnerabilidade do consumidor agrava-se no ambiente virtual.

A página inicial do fornecedor deve indicar seu endereço físico e eletrônico e CNPJ, a descrição detalhada do produto, a existência de custos adicionais de transação, condições de entrega, detalhes sobre troca e reembolso. O processo de confirmação da compra deve assegurar o acesso a informações referentes à transação e também mecanismos de cancelamento, buscando-se a segurança jurídica nas compras virtuais (BARRETO, 2010).

Como o contrato é firmado a distância e o adquirente não tem condições de avaliar vários aspectos do produto, diferentemente da compra presencial, é assegurado o direito de arrependimento. Como princípios dos contratos eletrônicos podemos citar Lawand (2003, p. 55):

- Princípio da equivalência funcional: veda diferenciações entre os contratos tradicionais e os contratos eletrônicos, especialmente firmados via internet;
- Princípio da neutralidade tecnológica: as normas disciplinadoras do comércio eletrônico devem abarcar não somente a tecnologia do momento da promulgação da lei, mas também as tecnologias futuras sem necessidade de modificação, não se tornando a legislação obstáculo à evolução das tecnologias.
- Princípio da inalterabilidade do direito sobre obrigações e contratos: as normas jurídicas que disciplinam o comércio eletrônico não devem modificar o direito vigente das obrigações e contratos, tanto do âmbito nacional ou internacional. Portanto os contratos celebrados via internet sujeitam-se a todos os preceitos do Código Civil e do CDC.

Com esse novo tipo de transação eletrônica, foi alterado o perfil do comércio internacional, para incluir, por grau de importância e destaque, o consumidor internacional.

Ademais, a característica do comércio eletrônico de transpor fronteiras desafia os direitos internacionais em vigor, pois fundamentados em territorialidade, soberania e outros, já ultrapassados na era digital. É considerado um dos temas que mais têm desafiado o direito do consumidor.

4 O Direito Internacional e o Direito do Consumidor

O consumidor encontra-se sujeito a várias incertezas sobre sua proteção, como as questões de foro competente e direito aplicável.

Marques (2004, p. 460) sugere a criação de normas de direito internacional privado nacionais, com a modificação da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro ou a inclusão de um artigo de norma de direito internacional privado no próprio Código de Defesa do Consumidor. A autora propõe também a elaboração de uma convenção interamericana de Direito Internacional Privado sobre contratos e transações com consumidores, como a questão do contrato a distância e a contratação eletrônica.

Mas uma solução viável para garantir a proteção dos consumidores seria possível se alcançasse o mesmo âmbito de

abrangência global, como defende Canut (2016), não bastando resolver questões de foro e direito aplicável no âmbito interno, quando o impacto deve ocorrer no âmbito internacional em que ocorre o comércio eletrônico.

Santos e Rossi (2000, p. 129) acreditam que “há uma tendência a se criar um novo direito internacional” e que boa parte dos problemas legais existentes será objeto de novas convenções e acordos internacionais.

Ribeiro (2003, p. 160), diante da dificuldade de se garantir a proteção de cada país, sugere a aplicação da lei do país de origem do consumidor como elemento de conexão do direito internacional privado.

Assim, a solução exigiria a elaboração de convenções ou tratados internacionais ou regionais, que teriam por base os Estados, no sistema de regras clássicas de direito internacional.

Os novos desafios fazem com que as regras tradicionais do direito internacional privado e processual busquem tornar-se adequadas para solucionar as controvérsias do comércio eletrônico. Por outro lado, esses mecanismos de solução de conflitos podem não ter o retorno necessário em face dos pequenos valores unitários dos negócios realizados no segmento de vendas ao consumidor. Porém, mesmo os pequenos consumidores devem ter proteção, principalmente em face de sua hipossuficiência.

A era digital que levou a que as regras internacionais tradicionais não atendam às necessidades impostas pelo consumo eletrônico internacional não deixa, porém, ileso o direito nacional. O direito interno torna-se vulnerável diante das internacionalidades das relações de consumo eletrônicas.

O direito interno deve adaptar-se ao que ocorre ao nível internacional, porque “se a norma esgota em si apenas a possibilidade de proteger relações dentro de uma perspectiva legal-territorial, nacional, estatal, ela não terá efeito regulatório, pois a eficácia não é decidida no âmbito do território nacional, mas no ciberespaço” (CANCELLIER DE OLIVO, 2004, p. 121).

Indicações de determinar a competência e a aplicação da lei do país de residência habitual do consumidor, apesar de defendidas como o futuro do Direito Internacional Privado, são bastante criticadas por outros autores. Finkelstein (2003, p. 243) diz que a solução “de aplicar a lei do país em que está o consumidor ou contratante é descartada hoje por não ser possível ao fornecedor conhecer todas as particularidades de todas as leis de todas as partes do mundo”. Além disso, não é possível a construção de uma página de internet que “esteja de acordo com

todas as legislações do globo sobre proteção ao consumidor” (MACHADO, 2002, p. 50).

Há de se ressaltar que

nos casos de conflitos oriundos de contratos de consumo internacionais [...] que envolvam consumidores passivos no Brasil e fornecedores estrangeiros com a empresa matriz, filial ou subsidiária ou empresas de importação no Brasil, podem os consumidores escolher se acionam o varejista, o comerciante, o importador, isolada ou conjuntamente, conforme os arts. 18 e 100 do CDC (MARQUES, 2001, p. 77).

E, mesmo quando fixados o foro competente e a lei a ser aplicada, ainda haverá a questão do reconhecimento e da homologação da sentença.

Sobre o assunto, transcreve-se Canut (2016, p. 12):

A perda de parcela da legitimidade do Estado-Nação em função da dinâmica dos fluxos globais e das redes de riqueza, informação e poder transorganizacionais não significa a perda total de sua soberania. Ocorre é que o Estado vê-se obrigado a administrar ‘parcerias com as demais fontes de poder’, devendo atuar num cenário de ‘soberania compartilhada’, na qual o Estado é um ‘nó’, privilegiado, desta complexa rede de relações e instituições, humanas e virtuais. Assim, o poder passa a ser “compartimentalizado, horizontalizado, regulamentado” por normas consensuais formuladas pelos participantes da sociedade. Em decorrência deste compartilhamento de poder torna-se impossível para o Estado uma intervenção mais direta nas relações sociais e econômicas. Desta forma, torna-se difícil uma intervenção mais forte em favor dos sujeitos mais vulneráveis da sociedade, destacando-se, dentre estes sujeitos, os consumidores.

Pode-se verificar que, do ponto de vista do direito do consumidor no comércio eletrônico, os direitos constantes nos regulamentos de proteção ao consumidor servem de base para as negociações via internet, devendo ser analisados em paralelo com outras regras não estatais, inclusive quando se tratar de comércio eletrônico internacional.

5 O direito internacional e o comércio eletrônico

Cada vez mais os Estados, para garantir a proteção dos consumidores no comércio eletrônico, deverão admitir a relativização de seu poder diante da atuação das demais instituições e organizações.

O direito de fonte negocial, mais ágil e mais flexível que o de fonte estatal, que pode ser aplicado além das fronteiras e que pode influenciar o direito estatal, já se tem adaptado ao novo quadro apresentado pelo paradigma digital, e mais especificamente ao comércio eletrônico. Ele já tem conseguido “resolver algumas dificuldades apresentadas para a proteção do consumidor na era digital, emergindo assim como uma nova alternativa para a proteção do consumidor no comércio eletrônico” (CANUT, 2016, p. 12).

Esse ramo do direito já vem dando resposta a algumas problemáticas que envolvem a questão da proteção do consumidor no comércio eletrônico, com um novo tipo de regulamentação, de fonte não estatal, que passamos a expor.

Assim, o direito do consumidor está cada vez mais internacional, pois as relações de consumo estão, principalmente via internet, devassando fronteiras. Houve uma globalização das relações de mercado, o que expõe a vulnerabilidade do consumidor. Transcrevendo Marques (2011):

Em verdade, o direito do consumidor tem uma vocação internacional, e em nenhum outro setor do direito privado os modelos e as inspirações estrangeiras e supranacionais estiveram tão presentes. Em teoria, o consumidor não deve ser prejudicado, seja sob o plano da segurança, da qualidade, da garantia ou do acesso à justiça, somente porque adquire produto ou utiliza serviço proveniente de um outro país ou fornecido por empresa com sede no exterior. Em teoria, o consumidor turista, o viajante, aquele que adquire produtos e serviços em outro país deve poder contar com uma proteção mínima aos seus interesses, assim como aquele que, assistindo publicidade de fabricante localizado em outro país, resolve contratar a distância ou por meios eletrônicos. Houve enfim uma substancial mudança na estrutura do mercado, uma globalização também das relações privadas de consumo, que põe à luz as falhas do mercado e os limites da noção de “soberania” do consumidor no mercado atual. A sua posição é cada vez mais fraca ou vulnerável e o desequilíbrio das relações de consumo é intrínseco, necessitando efetiva tutela e positiva intervenção dos Estados e dos Organismos Internacionais legitimados para tal.

A proteção do consumidor, geralmente pessoa física não profissional que negocia sem fronteiras, há muito tempo vem despertando interesse ao Direito Internacional.

Poucos países têm-se detido a elaborar uma legislação específica sobre comércio eletrônico. No nível internacional, te-

mos a Resolução nº 51/162 da Assembleia Geral das Nações Unidas de 1996, denominada Lei Modelo do Comércio Eletrônico, publicada por um órgão da ONU, a UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*), Comissão das Nações Unidas para o Comércio Internacional, que é uma das principais bases para as legislações sobre a matéria, inclusive sobre os direitos do consumidor.

A Lei Modelo, que busca a criação de um meio eletrônico seguro, é dividida em duas partes: comércio eletrônico em geral e comércio eletrônico em áreas específicas. Na primeira parte estão definidos requisitos legais das mensagens eletrônicas, tais como seu reconhecimento legal, identificação da pessoa, garantia de originalidade da proposta; formação e validade contratual; reconhecimento das partes e confirmação de recebimento; tempo e lugar de envio das mensagens eletrônicas.

São normas que sugerem parâmetros para que os países elaborem uma regulamentação que possa levar a um direito comum, com maior segurança para os consumidores (VIDONHO JR.; SILVA; CAJUEIRO, 2010).

A Organização Mundial do Comércio, em 1996, em Cingapura, por sua Declaração Ministerial sobre Comércio de Tecnologia da Informação, previa para o ano de 2000 a liberação do comércio eletrônico para alguns países. Em 1998, por sua Declaração Ministerial sobre comércio eletrônico, na Suíça, ficou estabelecido um programa de trabalho para examinar questões sobre o comércio eletrônico.

A questão do comércio eletrônico é analisada pela OMC através de seus órgãos: Conselho de Comércio de Serviços, Conselho do Comércio de Bens e Conselho da Proteção à Propriedade Intelectual.

O Conselho de Comércio de Serviços busca principalmente estudar a transparência das relações, a regulação interna e padronização na prestação dos serviços, a prevenção à fraude e acesso à rede. O Conselho do Comércio de Bens acompanha o acesso ao mercado e aos produtos oferecidos via comércio eletrônico e padronização nas vendas de bens. O Conselho de Proteção à Propriedade Intelectual está afeto à proteção dos direitos autorais, às marcas e às novas tecnologias.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) é uma organização intragovernamental sobre políticas econômicas e sociais. Em 1998, a OCDE emitiu uma diretriz relativa ao comércio eletrônico, visando proteger os consumidores que adquirissem bens ou serviços utilizando a internet.

Desde então, a entidade vem expedindo diretrizes referentes ao comércio eletrônico, que são difundidas em vários países, buscando influenciar suas futuras leis internas, se possível, de forma homogênea.

Em 1996, a Câmara de Comércio Internacional publicou documento sobre uniformização internacional de autenticação e certificação e em 1997 um documento que regulamenta o uso da criptografia como assinatura digital. A entidade defende a mínima regulamentação governamental no comércio eletrônico (FINKELSTEIN, 2003).

A Comunidade Europeia tem defendido, inclusive em suas diretrizes, a utilização efetiva dos contratos eletrônicos. Da mesma forma, vem atuando de forma a abordar a questão dos direitos do consumidor no comércio eletrônico.

Em 1997, foi adotada a Diretiva de Proteção aos Consumidores em Contratos de Longa Distância, estabelecendo o direito de arrependimento em sete dias e regulamentos sobre oferta nos sites. No mesmo ano, foram divulgados procedimentos referentes à confidencialidade, integridade e autenticação via criptografia.

No ano seguinte, foi abordada a questão das assinaturas digitais, a necessidade de conceder a mesma proteção existente no comércio tradicional aos consumidores do comércio eletrônico, sendo esta uma preocupação fundamental da Comunidade Europeia, e a remoção de obstáculos jurídicos acerca de local de estabelecimento dos prestadores de serviços, a comunicação comercial, celebração de contratos via eletrônica, responsabilidade dos prestadores de serviço no que se refere à transmissão e armazenagem de informações de terceiros.

Conforme entendimento da Comunidade Europeia, para possibilitar o desenvolvimento do comércio eletrônico são necessários:

a) Consenso mundial em termos jurídicos, através de tratados e convenções; b) desenvolvimento de infraestrutura de telecomunicações; c) garantia de ambiente da livre concorrência, evitando fraudes e monopólios; d) presença da boa-fé comercial; e) confiança e segurança; f) evitar legislações ineptas, baseando a legislação em usos e costumes comerciais (MARQUES, 2002).

A Convenção de Haia sobre a lei aplicável aos contratos de compra e venda internacional de 1986 (Art. 2, lit. c e 5, lit. d) ou a Convenção da ONU sobre Compra e Venda de mercadorias de 1980, conhecida como Convenção de Viena de 1980 (Art. 2, a e

Art. 5) não trataram adequadamente o assunto, talvez para evitar conflitos com leis nacionais consideradas de ordem pública internacional ou porque as diferenças na proteção dos consumidores sempre pesaram a favor dos países industrializados e exportadores do primeiro mundo.

6 A abordagem do Direito Internacional Privado

O consumo internacional tem algumas especificidades, segundo Marques (2011), que passamos a abordar.

A primeira das especificidades do consumo internacional é o desequilíbrio informativo e de especialização entre os parceiros contratuais internacionais em face do *status* leigo e vulnerável do parceiro-consumidor. Diferentemente, as regras do comércio internacional são baseadas no profissionalismo e especialidade dos parceiros envolvidos.

A segunda especificidade é a descontinuidade, pois o consumidor internacional basicamente adquirirá um produto isoladamente numa viagem de turismo, diferente dos atos de comércio, que se caracterizam pela repetição e os contratos internacionais que firmam relações cooperativas e duradouras.

Continua sendo tendência a elaboração de regras nacionais, muitas consideradas de ordem pública internacional, com a harmonização das regras nacionais, para assegurar a proteção do consumidor nos organismos internacionais dedicados à integração econômica, como a União Europeia (UE) e o Mercosul.

Na Europa, desde a década de 1970, os doutrinadores propugnam a necessidade de o Direito Internacional Privado atentar para a proteção dos consumidores, através da inclusão de novos elementos de conexão adaptados à tutela do vulnerável nessas situações privadas internacionais, em face das conexões neutras e rígidas previstas para o relacionamento entre profissionais comerciantes, como podemos comprovar pela Convenção Europeia de Roma de 1980.

Em matéria de direito do consumidor, os esforços regionais europeus são considerados os mais exitosos, com convenções sobre lei aplicável aos contratos (Convenção de Roma de 1980) e jurisdição (Convenção de Bruxelas de 1968), com normas e conexões especiais para os consumidores, que acabaram superando os estreitos limites dos Estados-Membros da UE e hoje vinculam, através das convenções paralelas, praticamente toda a região.

No Paraguai, um dos países-membros do Mercosul, a lei de defesa do consumidor é de 1998, já o Código Civil, de 1985, nada

menciona sobre consumidores e, em matéria contratual, indica aplicável a lei do lugar da execução da obrigação (art. 17).

No Uruguai, sua lei de defesa do consumidor é de 1999, seu Código Civil, de 1868, modificado em 1994, indica aplicável para relações obrigacionais a lei do lugar da execução (art. 2399) e os Tratados de Montevideu de 1889.

A doutrina argentina sempre propôs normas especiais mais protetivas para as relações de consumo, especialmente para os contratos de adesão. Quanto ao âmbito contratual, não há normas especiais para a proteção dos consumidores.

As normas brasileiras de Direito Internacional Privado são rígidas e antigas, também nada mencionam sobre consumidor e preveem apenas uma ampla regra sobre ordem pública (art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, LICC/42). Em matéria contratual, apesar dos esforços da doutrina, as normas atuais praticamente impossibilitam a autonomia de vontade em matéria de contratos. Aplicável nesse caso é a *lex loci celebrationis* (art. 9 *caput* da LICC/42).

A norma do art. 9 § 1 da LICC/42 impõe uma aplicação cumulativa de lei brasileira quanto à forma, em caso de execução no Brasil. A norma do art. 9 § 2 da LICC/42 é usada para identificar o lugar da proposta em contratos entre ausentes ou a distância, como a maioria dos contratos internacionais nos dias de hoje, determinando assim a aplicação da lei do lugar de residência do fornecedor para reger os contratos entre ausentes, mesmo os de consumo, como os contratos concluídos por computador e no comércio eletrônico de consumo.

A regra do *favor offerentis*, quanto à forma, e a conexão na residência do ofertante em contratos entre ausentes, conhecida no direito brasileiro, também são inadequadas para os desafios do comércio com consumidores e sua proteção nos dias de hoje. Conforme Marques (2011):

É necessário superar esta regra e escolher, para os contratos de consumo, diferentemente dos contratos internacionais comerciais uma conexão mais favorável ao consumidor, como a do Art. 5º da Convenção de Roma de 1980, que dá preferência à lei do país onde o consumidor tem sua residência habitual como conexão rígida (Conv. de Roma de 1980), se não há expressa manifestação da vontade. O artigo 5º da Convenção de Roma de 1980 determina que a eleição de uma lei para reger o contrato de consumo, isto é, a conexão na autonomia da vontade, não poderá excluir a aplicação das normas e leis imperativas de proteção do país de residência habitual do consumidor, se a) a oferta, pu-

blicidade ou algum ato de conclusão do contrato aconteceu neste país; b) se o fornecedor ou um seu representante receber a reserva ou realizar a contratação no país de residência habitual do consumidor; c) quando se tratar de venda de produtos e o consumidor viajar para adquirir estes produtos, mas a viagem for organizada pelo fornecedor com esta finalidade de contratação como esclarece o Art. 5º da Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às relações obrigacionais oriundas de contratos.

Assim, no caso interamericano, conforme a autora supracitada, a melhor conexão rígida seria a do domicílio, entendido como residência habitual, a exemplo do art. 3º do Protocolo de Santa Maria (Mercosul), firmado em 1998.

Trata-se de norma específica de direito internacional privado unificado visando à defesa do consumidor, ao determinar, indiretamente, qual a lei aplicável em caso de conflitos de consumo e ao impor a regra do país de destino: os produtos e serviços que circulam livremente no Mercosul devem respeitar a lei do país onde serão comercializados, lei do mercado de destino, quanto à defesa do consumidor.

Tal regra fixa assim um campo de aplicação espacial e territorial das normas nacionais de direito do consumidor, ao contrário da regra europeia de aplicação das leis do país de origem do produto ou serviço.

Entretanto, em matéria de proteção especial através do Direito Internacional Privado, o consumidor acaba ficando desprotegido em seu país, pois teria como pressuposto a extraterritorialidade dessas leis, cuja característica é justamente a territorialidade.

A maioria dos elementos de conexão hoje existentes nos países interamericanos é da *autonomia da vontade* em contratos internacionais ou do *lugar da execução* ou do *lugar de residência do proponente*. Porém, a autonomia de vontades é regra não oportuna se uma das partes é mais fraca, como no caso de contratos concluídos com consumidores.

Em Direito Internacional Privado, nenhuma região fez esforços tão amplos de codificação como as Américas, com os Tratados de Montevideu (1889), o Código Bustamante de 1928, as Conferências Interamericanas de Direito Internacional Privado desde 1975 (CIDIPs).

Assim, quando se pactua uma relação de comércio internacional, via internet, devemos ter em mente que há toda uma legislação nacional e regras de caráter internacional a nortear essa atividade, de modo que devemos fazer serem respeitados

nossos direitos, em busca de ser finalizada adequadamente essa relação comercial, à luz do direito nacional e das regras de direito internacional, seja público, seja privado.

7 O Marco Civil da Internet no Brasil

Vale destacar, com a internet, o vasto desenvolvimento do comércio eletrônico, em suas várias vertentes, que, por sua evolução, passou a demandar uma legislação sobre o assunto, nos pontos não previstos especialmente no Código de Defesa do Consumidor, visando à proteção dos mesmos em tais relações.

No segundo semestre de 2013, a denúncia de espionagem americana sobre o governo e empresas brasileiras desencadeou o Projeto de Lei 2.126/2011, que deu origem à Lei nº 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet.

Segundo o artigo 5º, inciso VII do Marco Civil, aplicações de internet são o “conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet”. Destarte, a funcionalidade de se possibilitar a qualquer pessoa no mundo adquirir um produto ou contratar um serviço via internet, com suas especificidades, visando às garantias do consumidor (OLIVEIRA, 2014, p. 01):

Obrigatoriedade do fornecedor constituído na forma de pessoa jurídica de manter os respectivos registros de acesso ao seu site, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de seis meses, nos termos que constarão em regulamento próprio; revisão dos termos de uso do site e políticas de privacidade, a fim de se adequar ao Marco Civil, especialmente no que toca a privacidade do usuário; implementação de nova política de utilização de *cookies* e outras ferramentas de monitoramento de navegação; readequação das ações de marketing, especialmente no que toca ao marketing virtual, entre outros.

Diversas ferramentas comumente utilizadas no *e-commerce*, como o *remarketing*, fazem uso de dados pessoais e de navegação dos usuários sem, na grande maioria das vezes, a anuência expressa dos mesmos, o que passa a ser vedado pela Lei nº 12.965/14.

Vale destacar que existem elevadas tentativas de fraude no comércio eletrônico. Conforme matéria no jornal *Diário do Nordeste*, de 20.10.15, caderno Negócios, p. 1:

O Brasil registrou 4,1% de tentativas de fraude no primeiro semestre de 2015, ante 3,6% no mesmo pe-

riodo de 2014. Já no Nordeste, 5,9% das compras on line feitas são referentes a transações duvidosas. A região se torna a menos confiável para compras na internet, atrás apenas do Norte, com 7% [...] Quanto aos segmentos mais atingidos pelos fraudadores, a telefonia celular está em primeiro lugar, com 13,9% das tentativas, seguido de aparelhos e jogos de videogame, com 13%.

O comércio eletrônico teve sua regulamentação específica através do Decreto nº 7.962/2013, que passaremos a analisar.

8 Regulamentação do *e-commerce*

Apesar de já prever a aplicação fora dos estabelecimentos comerciais, o CDC não conseguiu acompanhar o desenvolvimento das relações jurídicas. Com isso, o comércio eletrônico acabou por se encontrar quase que desamparado na legislação, pautando-se muitas vezes no próprio mercado ou ainda em jurisprudências.

Atualmente, a legislação do *e-commerce* é composta, principalmente, pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), de 1990, quando o comércio eletrônico era praticamente inexistente, assim, sem instrumentos capazes de regular qualquer relação jurídica daí decorrente, pelo Marco Civil da Internet e pelo Decreto nº 7.962/2013 Este preencheu algumas importantes lacunas e passou a vigorar em paralelo ao CDC, tornando-se o principal regulamento do *e-commerce* no Brasil.

Art. 1º Este Decreto regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico, abrangendo os seguintes aspectos:

I - informações claras a respeito do produto, serviço e do fornecedor;

II - atendimento facilitado ao consumidor;

III - respeito ao direito de arrependimento.

(Grifos nossos)

O Código de Defesa do Consumidor nunca possuiu, em seus artigos, algo que pudesse regular o comércio eletrônico de forma direta e objetiva, dificultando a compreensão dos direitos do consumidor e dos deveres quando o assunto se tratasse de compras em lojas virtuais, assim como um direcionamento quanto ao julgamento e às punições para descumprimento de condições.

Todavia, com o desenvolvimento dos meios de comunicação e o aumento considerável do comércio eletrônico, que pos-

sui uma dinâmica tão característica que em nada se assemelha ao comércio físico, senão conceitualmente, foi natural que os problemas encontrados na relação entre comprador e vendedor se diferenciasssem dos problemas oriundos de uma relação comercial física e direta.

Assim, fez-se necessária uma norma que pudesse, pelo menos em parte, encontrar um norte para os conflitos derivados de tal relação.

Vale destacar que no projeto de novo código comercial há grande destaque para o comércio eletrônico, visando regular tal atividade, que é uma realidade na sociedade brasileira.

Conclusão

Neste artigo foi abordado o incremento do comércio, principalmente a partir da Revolução Industrial, culminando com o desenvolvimento da internet, no comércio eletrônico, que atinge inclusive vendedores e consumidores no âmbito internacional.

A Organização das Nações Unidas passou a regular as operações, através da Organização Mundial do Comércio e da UNCITRAL. O Direito Internacional Privado procura mais e mais regular as operações entre vendedores e consumidores de países distintos, com características bem distintas do comércio entre países, este fundamentado em tratados e convenções internacionais. Há também o comércio eletrônico realizado por consumidores com regras protetivas no âmbito de seu país de origem, mas que ficam desprotegidos quando a negociação ocorre na seara internacional.

Fez-se necessário, assim, o incremento da proteção ao consumidor, devido a sua maior vulnerabilidade, em face da ocorrência de negociações não só no mercado interno, mas também no mercado internacional, como na Comunidade Europeia e no Mercosul, para fins de dirimir controvérsias no mais e mais crescente comércio internacional eletrônico.

E no âmbito interno temos o desenvolvimento de regras acerca do comércio eletrônico, fazendo parte inclusive do projeto de novo código comercial.

Referências

- BARRETO, Ana Paula Menna. **Comércio eletrônico na mira do ministério da Justiça**. 2010. Disponível em: <<http://oab/-rj.jusbrasil.com.br/2340814/artigo>>. Acesso em: 20 out. 2015.
- BONAVIDES, Paulo. **A quinta geração de direitos fundamentais**. 2008. Disponível em: <http://www.ufjf.br/siddharta_legale/files/2014/07/Paulo-Bonavides-A-quinta-gera%C3%A7%C3%A3o-de-direitos-fundamentais.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2017.
- BRIEN, James. **Sistemas de informação e as decisões gerenciais na era da internet**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CANCELLIER DE OLIVO, Luis Carlos. **A reglobalização do Estado e da sociedade em rede na era do acesso**. Florianópolis: Fundação Boitex, 2004.
- CANUT, Leticia. **Proteção do consumidor na era digital: desafios ao direito do consumidor tradicional**. 2016. Disponível em: <www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCon-gresso/011.pdf>. Acesso em: 20 out. 2015.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 1997.
- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2010. Disponível em: <www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJusticaNoticia/anexo/Teoria_Geral_dos_direitos_fundamentais.pdf>. Acesso em: jan. 2016.
- DIÁRIO DO NORDESTE. Fortaleza, 20 out. 2015. Caderno Negócios, p. 1.
- FINKELSTEIN, Maria Eugenia. **Aspectos Jurídicos do comércio eletrônico**. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.
- LAWAND, Jorge José. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- LÉVY, Pierre. **A conexão planetária**. O mercado, o ciberespaço, a consciência. 1ª reimpressão. Tradução de Maria Lucia Homem e Ronaldo Entler. São Paulo: Ed. 34, 2003.
- MACHADO, Jorge Alberto S. O ciberespaço como Arquitetura da Liberdade - tentativas de Territorialização e Controle na Rede. In: ALVES, Giovanni; MARTINEZ, Vinício. (Org.). **A dialética do ciberespaço**. Trabalho, tecnologia e política no capitalismo global. Bauru: Document Arminda, 2002.
- MARQUES, Claudia Lima. **A insuficiente proteção do consumidor nas normas de Direito Internacional Privado** - Da necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre a lei aplicável a alguns contratos e relações de consumo. 2011. Disponível em: <http://oas.org/dil/esp/CIDIPVII_hoe_temas_cidipvii_proteccionalconsumi>. Acesso em: 26 out. 2015.

MARQUES, Claudia Lima. A proteção do consumidor de produtos e serviços estrangeiros no Brasil: primeiras observações sobre contratos a distância no comércio eletrônico. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, Ano 11, nº 41, p. 39-80, 2001.

MARQUES, Claudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**. Um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. (Org). Os direitos fundamentais no paradigma do Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito da UFMG**, 2005. Disponível em <<https://www2.direito.ufmg.br/revistadoaap/index.php/revista/article/download/94/93>>. Acesso em 20 out 2015.

OLIVEIRA, Ricardo. **O marco civil da internet e o e-commerce**. 27 ago. 2014. Disponível em: <www.ecommercenews.com.br>. Acesso em: 19 out. 2015.

RIBEIRO, Luciana Antonini. **Contratos eletrônicos**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos; ROSSI, Mariza Delapieve. Aspectos legais do comércio eletrônico – contratos de adesão. **Revista do Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 36, p. 105-129, 2000.

VIDONHO JÚNIOR, Amadeu A.; SILVA, C.N.; CAJUEIRO, J.N. O conceito jurídico de comércio eletrônico e os contratos no Estado do Pará. **Revista Fibra e Ciência**, Belém, n. 3, ano 2, jun. 2010. Disponível em: <http://www.fibrapara.edu.br/seer/ojs/index.php/fibra_e_ciencia/article/view/9/pdf>. Acesso em: 25 fev. 2016.

Análise econômica do direito e insolvência empresarial: breves considerações acerca da teoria do *Common Pool Assets*

Eduardo Araujo Bruzzi Vianna

Advogado da CAIXA no Rio de Janeiro
Pós-Graduado em Direito Societário e Mercado de Capitais – LL.M FGV Direito Rio
Mestrando em Direito da Regulação – FGV Direito Rio

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo investigar qual deve ser a lógica e os limites de um sistema concursal como instrumento de recuperação de créditos no cenário de insolvência do devedor, analisando a teoria do *Common Pool Assets*, de Thomas H. Jackson, e explicando suas bases teóricas e suas principais proposições, utilizando, para isso, o instrumental de Análise Econômica do Direito.

Palavras-chave: Direito empresarial. Análise Econômica do Direito. Insolvência empresarial. Teoria do *Common Pool Assets*.

ABSTRACT

This paper aims to investigate the logic and limits of a bankruptcy system as a debt collection instrument in the debtor insolvency scenario, analyzing Thomas H. Jackson's *Common Pool Assets* theory and explaining its theoretical bases and its main propositions, using, for this, a Law & Economics approach.

Keywords: Business law. Law & Economics. Business insolvency. *Common Pool Assets* theory.

Introdução

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar qual deve ser a lógica e os limites de um sistema concursal como instrumento de recuperação de créditos no cenário de insolvência do devedor, analisando a teoria do *Common Pool Assets*, de Thomas H. Jackson, e explicando suas bases teóricas e suas principais proposições (JACKSON, 1986).

Tal teoria foi um marco no direito empresarial estadunidense, tendo inaugurado o estudo da insolvência empresarial à luz da análise econômica do Direito (análise esta também denominada pelo termo "*Law & Economics*").

Para se ter uma ideia, Skeel Jr. (2001, p. 225), em seu livro sobre a história da legislação concursal estadunidense, se refere à teoria do *Common Pool Assets* como "*The Brave New World of Law-And-Economics Theory*".

A utilização do instrumental de *Law & Economics* sobre o sistema concursal conduz a uma análise normativa fundada basicamente em racionalidade econômica, com foco na estruturação de um conjunto de regras que aumente o bem-estar social. Tal bem-estar social, caracterizado em termos de eficiência, ocorre quando ativos são alocados na forma mais produtiva (RASMUSSEN; SKEEL JR., 1995, p. 87).

O problema de pesquisa, portanto, que o presente trabalho procura responder é o seguinte: qual a finalidade que um sistema concursal deve procurar alcançar e qual a lógica e os limites que um deve obedecer para funcionar de forma eficiente em relação às suas finalidades?

A hipótese a ser explorada no presente trabalho é a de que o sistema concursal, para que funcione eficientemente como um procedimento de recuperação de créditos em face de devedor insolvente, deve ser desenhado sob a lógica de um fórum coletivo e compulsório de credores, evitando que ineficiências decorrentes de condutas individuais por parte destes em relação a um determinado devedor insolvente acabem por prejudicar o grupo de credores coletivamente considerados, permitindo, desta forma, a maximização do valor agregado dos ativos e evitando o seu desmantelamento fatiado.

A literatura nacional, ao tratar da finalidade do sistema concursal e da lei brasileira de falências e recuperação de empresas, costuma abordar o tema à luz do princípio da preservação da empresa e de sua função social, pois a empresa enquanto em atividade funcionaria como um centro gerador de empregos e arrecadador de tributos, fatores que seriam benéficos a toda sociedade (CAMPINHO, 2006, p.120; NEGRÃO, 2010, p. 158).

O presente trabalho abordará a questão sob outra ótica, baseado no instrumental de *Law & Economics*. Trata-se de uma abordagem pouco explorada pela doutrina nacional, mas que, conforme será visto, pode contribuir para o aprofundamento do estudo e do desenvolvimento do sistema concursal.

A metodologia que se pretende utilizar na realização da presente pesquisa compreende um estudo dogmático, median-

te revisão da literatura sobre o tema, com base no marco teórico da Teoria do *Common Pool Assets*, de Thomas H. Jackson, de forma a trazer para o âmbito acadêmico brasileiro uma análise econômica do Direito focada especificamente sobre o sistema concursal, bem como seus principais delineamentos teóricos, visando fomentar o debate acadêmico sobre o tema.

Para isso, será necessário operacionalizar o conceito de eficiência, pois neste caso ele apresenta uma conotação específica, relacionada à racionalidade econômica da lei concursal, uma vez que a ineficiência de um sistema concursal é caracterizada pela noção do denominado *common pool problem*. Tal conceito é o cerne da teoria do *Common Pool Assets*, sendo o ponto de partida para todas as demais abordagens conceituais.

Além disso, de forma acessória, conceitos-satélite serão necessariamente detalhados, tais como sistema de *grab law* e *going concern value*, de forma a permitir sua adequada operacionalização conceitual, bem como o correto entendimento das premissas fundamentais do presente estudo e da teoria que lhe serve de objeto de pesquisa.

O presente trabalho, portanto, é estruturado em duas seções principais. A primeira apresenta o detalhamento da teoria do *Common Pool Assets*, com o objetivo de explicar sua base teórica e seus principais conceitos. Na seção seguinte, com base na referida teoria, será abordada a questão da lógica e dos limites que o sistema concursal deve obedecer para que funcione de forma eficiente visando à maximização dos ativos. Ao final, o que se pretende é fomentar o debate acadêmico nacional sobre o sistema concursal, enriquecendo-o com uma abordagem, ainda muito incipiente no Brasil, de *Law & Economics*.¹

1 Teoria do *Common Pool Assets*

Na hipótese de o devedor não ter recursos suficientes para pagar integralmente todos os seus compromissos, existe um sistema não concursal dotado de diversos remédios jurídicos apto a viabilizar o pagamento dos credores (no direito brasileiro, podemos citar, apenas a título exemplificativo, as ações de cobrança, de execução e de busca e apreensão).

¹ O cotejo entre a teoria do *Common Pool Assets* e a Lei nº 11.101/03 (Lei de Falências e Recuperação de Empresas) visando identificar ineficiências na legislação transborda aos objetivos do presente trabalho, embora seja um objeto de pesquisa interessante e inovador sob o ponto de vista acadêmico.

A questão que se coloca é se esse sistema possui desvantagens que podem ser mitigadas por um sistema concursal estruturado de uma tal maneira que se mostre mais eficiente.

A eficiência de um sistema concursal refere-se à sua capacidade de viabilizar a liquidação ou reorganização de empresas a um menor custo e, ao mesmo tempo, de maximizar o valor agregado dos ativos objetos das referidas liquidação e/ou reorganização.

A eficiência, portanto, baseia-se, primordialmente, em dois pontos que se entrelaçam: a redução de custos e a maximização do valor agregado dos ativos.

No que tange à redução de custos, é preciso ressaltar que o principal objetivo do sistema concursal é mais procedimental do que material. O desafio central é como converter a propriedade dos ativos do devedor aos credores. Esse processo de conversão importa em custos. O sistema concursal, no seu âmago, está preocupado em reduzir esses custos de conversão (JACKSON, 1986, p. 5). Esse é o ponto de partida e também a fonte das limitações sobre o que um sistema concursal deve propor-se a fazer.

Como o procedimento concursal tem os seus próprios custos, é necessário que o seu funcionamento mitigue ou evite tais custos em comparação com o sistema que se propõe a substituir. Dentro de uma ótica de racionalidade econômica, propõe-se um sistema de ordenação mais eficiente do que o sistema não concursal, levando-se em consideração, inclusive, os custos de implementação daquele.

Tal ideia entrelaça-se à noção de maximização do valor agregado de ativos. Aqui, para correta compreensão do tema, faz-se necessário detalhar os conceitos de *going concern value*, fatiamento de ativos e sistema de *grab law*.

Os meios utilizados pelos credores fora do sistema concursal podem ser definidos como um sistema de *grab law*, ou seja, um sistema de “quem chegar primeiro leva”. Esse método define quem terá (ou não) seu crédito adimplido apenas com base na ordem de quem se movimentar mais rápido nesse sentido. Esse sistema cria uma *race to the assets* (corrida aos ativos) ou *race to the court* (corrida ao Judiciário).

O sistema de *grab law* pode ser demonstrado através do exemplo hipotético utilizado por Thomas H. Jackson em sua obra. Imagine-se uma fila para comprar ingressos para um show de uma famosa banda de rock. Os primeiros a entrar na fila comprarão os melhores lugares. Aqueles que se encontram no final da fila sequer têm a certeza de que conseguirão comprar o ingresso (JACKSON, 1986, p. 9-10).

Um devedor solvente é como se fosse um show de rock em que há lugares para todos os interessados e onde todos os assentos são considerados igualmente bons. O problema surge quando há mais interessados do que assentos disponíveis, ou seja, quando o devedor é insolvente e os ativos são insuficientes para fazer frente aos compromissos assumidos com seus diversos credores. Nessa situação, o sistema de ordenação da fila passa a ser relevante. Em um sistema de “quem chegar primeiro leva”, ganhadores e perdedores são definidos apenas com base em um critério, qual seja, o de quem entrou na fila primeiro.

Trazendo esse raciocínio para a insolvência empresarial, é possível identificar uma tendência de que, em seus esforços para recuperar seus créditos de forma individual, os credores acabem por prejudicar o conjunto de credores como um todo. O sistema concursal procura responder a esse problema, que pode ser caracterizado como uma espécie de “dilema do prisioneiro”, em que problemas básicos de cooperação acabam por conduzir a resultados indesejados aos integrantes de um determinado grupo coletivamente considerado.

Surge, portanto, um **common pool problem** (conforme denominado por Thomas H. Jackson), ou seja, um problema de créditos (ou credores) em comum que deve ser solucionado por outro caminho que não permita a ação individualista e egoísta por parte de cada um dos credores (JACKSON, 1986, p. 11).

Nessa linha, vale registrar as precisas lições de Ayoub e Cavalli (2013, p. 219):

Os procedimentos concursais lidam com o problema do *common pool assets*, que pode ser traduzido para algo como *conjunto de bens comuns*. Esse problema possui dois aspectos. De um lado, apresenta-se a distinção entre valor de liquidação de conjunto de ativos, mediante a venda individual de cada um dos bens integrantes do conjunto, e valor de *going concern*, decorrente da geração de fluxo de caixa de um conjunto de ativos operacionais. De outro lado, assumindo-se que o valor de *going concern* é superior ao valor de liquidação fragmentada de ativos, apresenta-se um desafio para que os diversos credores concursais deixem de buscar a satisfação individual de seus créditos, mediante a penhora de ativos individuais da empresa devedora – o que, afinal, conduzirá à liquidação dos ativos –, e passem a atuar cooperativamente, de modo a manter o conjunto de ativos operacionais capazes de gerar maior valor para, assim, satisfazer um maior número de credores.

O marco teórico do *Common Pool Assets*, trazido por Thomas H. Jackson em sua obra *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, procura trazer uma resposta ao referido problema. Tal teoria procura demonstrar que as regras não concursais de *grab law* criam incentivos para os credores agirem individualmente quando perceberem que um determinado devedor possa estar dirigindo-se a um *status* de insolvência. Isso porque, se eles não agirem, correm o risco de não recuperar nada, pois outros credores terão agido individualmente na sua frente. Essa decisão de agir individualmente, caso tomada por vários credores de um mesmo devedor, pode vir a tornar-se, ao final, uma decisão ruim para todos os credores coletivamente considerados.

Neste ponto, vale ressaltar as palavras de Salama e Crocco (2015, p. 388) quando afirmam que “um regime de ‘o primeiro a cobrar é o primeiro a receber’ cria incentivos perversos para uma dinâmica de execuções precipitadas, que não maximizam o valor dos ativos do devedor”.

Uma empresa insolvente e que possui vários credores pode enfrentar sérias dificuldades para evitar que estes, em execuções singulares, acabem por conduzir a uma liquidação fatiada dos seus ativos, competindo, portanto, ao direito concursal evitar a dissipação do *going concern value* (AYOUB; CAVALLI, 2013, p. 219-221).

É possível afirmar, portanto, que o sistema concursal deve ser estruturado para proteger os credores deles mesmos, solucionando, dessa forma, o denominado *common pool problem*.

Nesse sentido, faz-se relevante, por conta de sua precisão didática, trazer na íntegra o exemplo hipotético mencionado por Thomas H. Jackson e reproduzido por Ayoub e Cavalli (2013, p. 219-220), de forma a demonstrar o que se deve entender por *going concern value* e maximização do valor agregado dos ativos:

Imagine-se a hipótese de um açude onde seu proprietário possa pescar. Suponha-se que esse proprietário resolva pescar todos os peixes desse açude. Se os peixes pescados forem vendidos, o proprietário obterá, digamos, R\$100.000,00. Entretanto, o açude não terá mais peixes e, no próximo ano, não haverá mais o que pescar. Com efeito, pode-se afirmar que o *valor de liquidação* do açude, decorrente da venda de todos os seus peixes, é de R\$100.000,00. Entretanto, se o proprietário pescar apenas metade dos peixes do açude, ele poderá vendê-los por R\$50.000,00 e, no próximo ano, os peixes terão se reproduzido, de modo que o proprietário poderá pescar novamente a metade dos peixes do açude, obtendo mais R\$50.000,00, e assim

sucessivamente. Se anualmente for pescada apenas a metade dos peixes do açude, o seu proprietário assegurará uma receita anual de R\$50.000,00, o que lhe assegurará um ganho de R\$500.000,00 nos próximos dez anos. Se o valor que pode gerar o açude for descontado a valor presente, o açude valerá, hoje, digamos, R\$400.000,00. Desse modo, o valor do açude como *going concern* é de R\$400.000,00. Portanto, nesse exemplo, o valor atual de liquidação do açude (R\$100.000,00) é muito inferior ao valor presente do açude como *going concern* (R\$400.000,00). Por essa razão, *ceteris paribus*, o proprietário preferirá preservar a capacidade de geração de valor do açude a liquidá-lo.

O problema de maximização do valor do *common pool assets* torna-se mais sensível se houver diversos pescadores que podem pescar no mesmo açude. Nesse caso, conquanto seja evidentemente mais vantajoso preservar o valor de *going concern* do açude, os diversos pescadores poderão enfrentar dificuldades para cooperarem entre si, de modo a não pescarem, de uma só vez, todos os peixes do açude. Assim, imagine-se um caso em que há cem pescadores que podem pescar no açude. Se eles se esforçarem ao máximo, poderão pescar cada um o equivalente a R\$1.000,00 cada. Nesse caso, o açude terá sido liquidado, de modo que não haverá mais peixes a serem pescados no próximo ano. O ideal, portanto, seria que cada um dos cem pescadores pescasse apenas o equivalente a R\$500,00 no primeiro ano, de modo a manter no açude peixes suficientes para que, nos anos sucessivos, cada um deles possa pescar mais R\$500,00. No final de dez anos, cada pescador poderá ter pescado o total de R\$5.000,00, o que, descontado a valor presente, equivale a R\$4.000,00 por pescador.

O problema que se estabelece quando há vários pescadores em um mesmo açude consiste em como fazer que os pescadores cooperem entre si, de modo a maximizar o valor do açude. Tendo em vista que a regra que orienta a pescaria é aquela do "primeiro a pescar, fica com a pesca", os pescadores não possuem incentivos para cooperar. Assim, se alguns pescadores pescarem apenas R\$500,00 em peixes, não faltarão outros pescadores que pescarão R\$1.500,00, de modo que, no somatório, terá sido liquidado o açude. Portanto, nesse caso tenderá a haver uma corrida entre os pescadores para ver quem consegue pescar mais, na qual cada um deles buscará ser mais eficiente do que os outros para obter, imediatamente, a maior quantidade de peixes possível. Por essa razão, cada um dos pescadores possui um incentivo para pescar o máximo possível de peixes no primeiro ano de pescaria, conduzindo à liquidação do açude a um valor substancialmente inferior àquele que seria obtido se fosse pres-

servado o valor do açude como *going concern*. O direito concursal busca evitar esse problema.

A teoria propõe, portanto, que os credores devem conjugar seus créditos possibilitando uma ação conjunta como se fosse uma única pessoa. Dessa forma, a atuação individual por parte dos credores e o risco de desmantelamento fatiado dos ativos do devedor seriam evitados e, por consequência, o valor agregado de tais ativos não seria atingido (protegendo-se, assim, o seu *going concern value*).

Neste ponto, vale ressaltar as palavras de Salama e Crocco (2015, p. 389, grifos dos autores):

a lei falimentar mitiga os incentivos para que credores participem de dispendiosas e ineficientes *corridas de credores*, e o faz ao estabelecer um mecanismo de coordenação. Os credores acabam tendo incentivos para adotar soluções coordenadas porque antecipam que, ainda que vençam corridas para executar, a falência do devedor será decretada e seus respectivos créditos não serão satisfeitos por ordem de chegada, mas sim *pari passu* com os demais credores.

Esse é o conceito de eficiência que se encontra atrelado à referida teoria, ou seja, um sistema que basicamente protege os credores de si mesmos, visando maximizar o valor dos ativos, seja tanto para fins de liquidação como para reorganização.

Partindo do pressuposto de que um processo sem desmantelamento fatiado (seja por meio de liquidação ou reorganização) tem maior probabilidade de aumentar o valor agregado do conjunto de ativos, sua aplicação seria mais vantajosa para os credores coletivamente considerados.

2 A lógica e os limites do sistema concursal

A ideia central do sistema concursal é ser uma lei de recuperação de créditos (JACKSON, 1986, p. 3).

Conforme visto na seção anterior, em um ordenamento jurídico em que os credores podem individualmente provocar o poder estatal para tomar ativos dos devedores, é necessário estabelecer o que fazer quando as dívidas forem superiores aos ativos.

Faz-se necessário, portanto, estabelecer os limites sobre o que os credores podem tomar de seus devedores, bem como definir um critério de decisão acerca dos diferentes direitos entre credores quando não há ativos suficientes para todos.

O sistema concursal surge como um **fórum coletivo e compulsório** de credores para distribuir seus direitos creditícios em face dos ativos do devedor (JACKSON, 1986, p. 3). Tal sistema deve funcionar, portanto, como um dispositivo coletivo de recuperação de créditos, sendo, portanto, uma resposta ao crédito (JACKSON, 1986, p. 7). A essência do mercado de crédito reside nos agentes econômicos – chamados de devedores – que pegam dinheiro emprestado.

Sejam quais forem os motivos para se realizar contratos de mútuo, os termos contratuais da referida operação dependem substancialmente da probabilidade de adimplemento voluntário e dos meios de adimplemento coercitivo.

A questão toma relevância quando o devedor mostra-se insolvente. Os instrumentos legais para adimplemento coercitivo quando o devedor é solvente referem-se aos direitos do credor em utilizar-se da força estatal na busca do seu interesse. Essa é uma questão de direito privado entre credor-devedor e que nada se relaciona com o sistema concursal.

O sistema concursal pode ser entendido como algo distinto das relações credor-devedor, pois envolve, na verdade, o efeito do adimplemento feito pelo devedor em favor de um determinado credor em **relação aos demais credores**.

Conforme demonstrado na seção anterior, os remédios utilizados pelos credores fora do sistema concursal, denominados de *grab law*, definem quem terá seu crédito adimplido ou não apenas com base na ordem de quem se movimentar mais rápido nesse sentido.

A questão central do sistema concursal reside na possibilidade de haver um **melhor sistema de ordenação que supere os custos de sua implementação** (JACKSON, 1986, p. 10). No mercado de crédito, há fortes argumentos que levam a crer que há uma melhor maneira de se alocar os recursos do devedor insolvente do que um sistema de “quem chegar primeiro leva”. Surge, portanto, a ideia do sistema concursal.

Assim, o problema básico que o sistema concursal é estruturado a resolver decorre do fato de que o sistema baseado em ação individual tende a ser prejudicial a todos os credores coletivamente considerados na hipótese em que não há ativos para satisfazê-los integralmente. É o denominado **common pool problem**.

As regras não concursais de *grab law*, ou seja, baseadas no sistema de “quem chegar primeiro leva”, criam incentivos para os credores agirem individualmente quando sentirem que um determinado devedor possivelmente possa estar dirigindo-se a

um *status* de insolvência. Isso porque, se eles não agirem, correm o risco de não recuperar nada, pois outros credores terão agido individualmente na sua frente.

No entanto, mesmo que o devedor esteja insolvente, pode vir a ser melhor para os credores conjugarem seus créditos e agirem de forma colaborativa. O sistema concursal fornece um caminho para que esses vários credores ajam como se fossem apenas um, ao impor um procedimento coletivo e compulsório.

Vale a pena, neste ponto, observar as colocações de Salama e Crocco (2015, p. 386):

Se os procedimentos falimentares não fossem coletivos e compulsórios, credores de devedores insolventes (ou próximos de se tornarem insolventes) teriam incentivos para competirem agressivamente entre si com o propósito de serem os primeiros a alcançar os (muitas vezes escassos) ativos remanescentes. É que, na ausência de procedimentos falimentares, a satisfação dos créditos operaria por ordem de chegada (*first come, first served*, na dicção da doutrina anglo-saxã). Ou seja, os primeiros a executar satisfariam seus créditos, ao passo que os últimos poderiam receber parcialmente ou não receber nada ante o esgotamento dos ativos do devedor.

Dentro dessa lógica, o sistema concursal forneceria um caminho caracterizado por um procedimento coletivo e compulsório com finalidade precípua de *debt-collection* (recuperação de créditos).

Mas exatamente como o sistema concursal é melhor para os credores quando estes atuam em grupo?

A atuação individual por parte dos credores, conforme visto, pode gerar um dismantelamento fatiado da atividade empresarial do devedor através da alienação de ativos operacionais indispensáveis.

Nas palavras de Jackson (1986, p. 14), "*the use of individual creditor remedies may lead to a piecemeal dismantling of a debtor's business by the untimely removal of necessary operating assets*".

Partindo do pressuposto de que um processo que não envolva o dismantelamento fatiado (seja por meio de liquidação ou reorganização) tem maior probabilidade de aumentar o valor agregado do conjunto de ativos, sua aplicação seria mais vantajosa para os credores coletivamente considerados.

Isso deriva de uma noção de senso comum: ativos tendem a ser mais valiosos quando considerados conjuntamente do que de forma separada (JACKSON, 1986, p. 14).

A razão mais óbvia para a adoção de um sistema coletivo de recuperação de créditos é que tal sistema dá a certeza de que credores, em perseguindo seus interesses individuais, não diminuam o valor agregado dos ativos que serão utilizados para adimplirem os seus créditos.

Esse aspecto foi abordado por Salama e Crocco (2015, p. 386), ao comentarem sobre o princípio da universalidade da falência previsto na legislação brasileira à luz da racionalidade econômica, cujo objetivo é justamente evitar o fatiamento de ativos mediante um sistema de *grab law*:

a universalidade da falência também facilita a tomada de decisões coordenadas e eficientes por parte de credores. A partir dessa concepção, sustentamos que a racionalidade econômica desse princípio seria a de promover a maximização de retornos à massa de credores e a minimização de custos de transação.

O sistema concursal fornece, portanto, um sistema coletivo que inibe a atuação individual por parte de credores e faz com que eles ajam de forma conjunta. Essa é a **lógica** por trás do sistema concursal que também norteia os **limites** do que tal sistema deve se propor a fazer.

O sistema concursal, em última análise, deve fazer com que os credores atuem de forma altruística e colaborativa. Para que isso ocorra, é necessário que o procedimento seja coletivo e compulsório, somente funcionando de forma eficiente se todos os credores estiverem submetidos a ele.

Dentro dessa linha, o desafio passa a ser delimitar quem tem o direito de participar da divisão dos ativos e depois, em um segundo momento, resolver a questão de como ordenar aqueles que têm esse direito.

Visando concretizar tal delimitação, o que o sistema concursal deveria estar fazendo, em abstrato, é perguntar quanto alguém estaria disposto a pagar por um ativo do devedor, assumindo que ele poderia ser vendido livre e desimpedido. O dinheiro captado com essa venda deveria ser levado e distribuído aos credores (portadores das responsabilidades) de acordo com as características dos seus contratos/títulos.

Existem duas questões que surgem quando um devedor está insolvente: primeiro, é necessário decidir o que fazer com os seus ativos e, segundo, é necessário decidir quem ficará com eles (ou com o resultado de sua venda).

O sistema concursal, portanto, não deve criar direitos, mas apenas assegurar que os direitos preexistentes serão adimplidos

da maneira mais completa possível. Apenas assim se consegue minimizar os custos de conversão inerentes à transferência de ativos do devedor aos credores. Esse é um importante limite do sistema concursal.

A teoria do *Common Pool Assets* afirma que quanto menos se alterar os direitos preexistentes, melhor. O processo concursal deve procurar replicar o direito/crédito que os credores teriam no sistema não concursal.

Neste ponto, mostra-se importante ressaltar as palavras de Skeel Jr. (2001, p. 225), ao se referir à teoria do *Common Pool Assets*, de Thomas H. Jackson:

With his coauthor, Douglas Baird, Jackson argued that bankruptcy should not create any new substantive rights for any of the parties. In support of their creditors' bargain model, Baird and Jackson contended that unless it respected the parties' nonbankruptcy property rights, bankruptcy would inspire costly forum-shopping fights. Parties favored by bankruptcy would have an incentive to invoke the bankruptcy laws, whereas disfavored parties would fight bankruptcy, for reasons having nothing to do with whether or not the firm belonged in bankruptcy.

A partir do momento em que se está em um processo concursal, parte-se do pressuposto de que os credores não receberão integralmente aquilo a que têm direito, ou seja, não receberão o valor nominal por inteiro, mas sim o **valor relativo**, em comparação com os demais credores.

No tratamento das diferenças existentes dentro do grupo de credores, mostra-se preferível uma regra coletiva que respeite os **valores relativos** decorrentes de seus títulos originais em comparação com qualquer outra, pois assim se evitam diferenças de tratamento entre o sistema não concursal e o concursal e, por consequência, o incentivo para condutas individuais prejudiciais ao grupo de credores coletivamente considerado.

Conclusão

O instrumental de *Law & Economics* evidencia que para o sistema concursal ser eficiente deve assegurar que ativos no decorrer do processo concursal sejam utilizados da forma mais produtiva/valiosa (RASMUSSEN; SKEEL JR., 1995, p. 87).

Dentro dessa linha de raciocínio, é possível chegar a uma conclusão economicamente racional quanto à lógica e aos limites que um sistema concursal deve ter para servir, de forma efici-

ente, como procedimento de recuperação de créditos (*debt-collection law*) no cenário de insolvência do devedor.

A teoria do *Common Pool Assets*, de Thomas H. Jackson, que inaugurou o estudo da insolvência empresarial à luz da análise econômica do Direito nos EUA, confirma a hipótese formulada de que o sistema concursal, para que funcione eficientemente como um procedimento de recuperação de créditos em face de devedor insolvente, deve ser desenhado sob a lógica de um **fórum coletivo e compulsório de credores**, evitando que ineficiências decorrentes de condutas individuais por parte destes em relação a um determinado devedor insolvente acabem por prejudicar o grupo de credores coletivamente considerados, permitindo, desta forma, a maximização do valor agregado dos ativos e evitando o seu desmantelamento fatiado.

O sistema concursal, tal como delineado na referida teoria, prova sua eficiência, primordialmente, sob dois aspectos: (i) redução de custos de conversão dos ativos do devedor para os credores e (ii) maximização do valor agregado dos ativos, protegendo o *going concern value* e impedindo o fatiamento de ativos.

Tais objetivos somente são alcançados mediante um procedimento dotado de características tais que possibilitem resolver o denominado **common pool problem**, ou seja, a ação individualista e egoísta por parte de cada um dos credores em detrimento do conjunto de credores coletivamente considerado.

Em um sistema de *grab law*, dotado de regras não concursais, os credores são incentivados a agir de forma individual em detrimento da maximização dos ativos e da redução dos custos de conversão de tais ativos para os próprios credores. O sistema concursal surge como um sistema alternativo de ordenação que supere os custos de sua implementação e proteja o *going concern value*.

Dentro dessa premissa, o procedimento coletivo e compulsório sugerido pela teoria do *Common Pool Assets* obriga os credores a conjugar seus créditos, possibilitando, assim, uma ação conjunta como se fossem uma única pessoa. Dessa forma, a atuação individual por parte dos credores e o risco de desmantelamento fatiado dos ativos do devedor são evitados e, por consequência, o valor agregado de tais ativos não é prejudicado.

A lógica do sistema concursal, portanto, é centrada na inibição da atuação individual por parte dos credores. Entretanto, para que tal lógica seja colocada em prática de forma eficiente, é preciso respeitar limites relacionados às finalidades do sistema

concurso, notadamente, a não criação de direitos, de forma a apenas assegurar que os direitos preexistentes sejam adimplidos da maneira mais completa possível, evitando a deturpação dos incentivos inerentes ao referido sistema.

Referências

AYOUB, Luiz Roberto; CAVALLI, Cássio. **A construção jurisprudencial da recuperação judicial de empresas**. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e Recuperação de Empresa: o novo regime da insolvência empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

JACKSON, Thomas H. **The Logic and Limits of Bankruptcy Law**. Washington, D.C.: Beard Books, 1986.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial & de Empresa**. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3.

RASMUSSEN, Robert K.; SKEEL JR., David A. The economic analysis of corporate bankruptcy law. **American Bankruptcy Institute Law Review**. Alexandria, VA, v. 3, p. 85-115, 1995.

SALAMA, Bruno Meyerhof; CROCCO, Fabio Weinberg. A Racionalidade Econômica do Direito Falimentar: Reflexões sobre o Caso Brasileiro. In: ABRÃO, Carlos Henrique. (Org.). **Dez Anos de Vigência da Lei de Recuperação e Falência**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 379-419.

SKEEL JR., David A. **Debt's Dominion: a history of bankruptcy law in America**. Princeton: Princeton University, 2001.

A dialeticidade exigida entre o recurso de apelação e a sentença recorrida

Gustavo Schmidt de Almeida

*Advogado da CAIXA no Rio Grande do Sul
Especialista em Inovações em Direito Civil e seus
Instrumentos de Tutela*

RESUMO

Assis (2014) inclui a dialeticidade do recurso com a decisão atacada no catálogo dos princípios fundamentais dos recursos. Ele explica que o instituto impõe ao recorrente o ônus de expor na fundamentação da peça recursal os motivos de incorreção do pronunciamento jurisdicional que é combatido. Leciona que cabe ao inconformado demonstrar ao órgão *ad quem* o desacerto do ato, a existência de vício de juízo, vício de procedimento ou de defeito típico que enseja a declaração de provimento. Expõe que o princípio é essencial para determinar a extensão e profundidade do efeito devolutivo e para iluminar o trajeto por onde as contrarrazões ao recurso trilharão. Sua inobservância prejudica o contraditório no processo. O presente trabalho tem como objetivo analisar como a exigência da dialeticidade entre o recurso de apelação e a sentença recorrida é tratada no Código de Processo Civil, delineando o instituto e descrevendo as consequências da inobservância da regra. A análise não prescindirá do estudo da doutrina de processo civil sobre a teoria geral dos recursos e o recurso de apelação. Será feita a comparação do atual regramento jurídico com o Código de 1973 e uma incursão na forma como o Superior Tribunal de Justiça vem posicionando-se sobre o assunto, desde o período anterior ao início da vigência do Código de 2015.

Palavras-chave: Dialeticidade. Recurso de Apelação. Admissibilidade recursal. Análise dos artigos do Código de Processo Civil.

ABSTRACT

Assis (2014) includes the dialeticity of the resource with the decision attacked in the catalog of the fundamental principles of the resources. He explains that the institute imposes on the applicant the burden of explaining in the grounds of the appeal the grounds for incorrectness of the judicial pronouncement that is contested. It teaches that it is up to the nonconformist to demonstrate to the ad body that the misconduct of the act, the existence of vice of judgment,

procedural defect or typical defect that provokes the declaration of provision. It exposes that the principle is essential to determine the extent and depth of the devolution effect, and to illuminate the path by which the response to the appeal will take. Failure to do so adversely affects the adversarial process. The purpose of this study is to analyze how the dialectic requirement between the appeal and the judgment is dealt with in the Code of Civil Procedure, outlining the institute and describing the consequences of non-compliance with the rule. The analysis will not dispense with the study of the civil process doctrine on the general theory of appeals and the appeal. The current legal rule will be compared with the 1973 Code and an incursion into the way the Superior Court of Justice has been positioning itself on the matter since the period before the 2015 Code began.

Keywords: Dialecticity. Appeal. Appeal's Admissibility. Analysis of the articles of the Code of Civil Procedure.

Introdução

Assis (2014) explica que o recurso de apelação é o modelo típico e basilar de recurso "ordinário". Leciona que o instituto tem por finalidade precípua levar a sentença de primeiro grau para ser revisada por órgão jurisdicional de superior hierarquia, seja para reformá-la, seja para anulá-la.

Ele pondera que

O gravame imposto ao vencido, decorrente de sentença defeituosa ou de sentença injusta, logra emenda fácil e rápida no julgamento superior. Eis o alto sentido garantístico da apelação. É recurso dificilmente substituível por mecanismo diverso. Explica-se, assim, o fato de a apelação encontrar-se prevista na maioria das legislações, e, no curso de sua vitoriosa história, a respectiva presença só se ofuscou excepcionalmente (ASSIS, 2014, p. 401).

A legislação de regência impõe à parte apelante uma série de exigências que devem ser observadas para o correto uso do recurso de apelação. A inobservância desses pressupostos pela parte recorrente gera consequências previstas na lei. Um desses requisitos vem previsto no artigo 932, III do Código de Processo Civil, parte final. Encontra-se na doutrina e na jurisprudência o nome dialeticidade para denominar o instituto.

O objetivo deste artigo é analisar como a exigência da dialeticidade entre o recurso de apelação e a sentença recorrida

é tratada no Código de Processo Civil, sem olvidar-se de uma breve incursão na forma como o Superior Tribunal de Justiça vem posicionando-se sobre o assunto. O presente trabalho terá como metodologia a revisão bibliográfica tradicional, buscando-se, a partir da jurisprudência, da lei e da doutrina existente na área do direito processual civil, o conhecimento disponível, na tentativa de expor o melhor entendimento do tema a ser discutido.

1 A dialeticidade da apelação com a sentença atacada como pressuposto recursal de admissibilidade do apelo

Antes de se incursionar na matéria, é válido situar a dialeticidade do recurso com a decisão recorrida no plano dos pressupostos de admissibilidade recursal e o momento de sua análise no processo civil.

As razões do pedido de reforma da sentença situam-se no campo dos requisitos extrínsecos de admissibilidade recursal, na classificação apontada por Assis (2014). Explica ele que estes dizem respeito ao modo de se exercer o recurso, onde se incluem também a tempestividade e o preparo. Em sentido oposto, leciona, estão os requisitos intrínsecos, sendo os pressupostos relativos à existência do poder de recorrer o cabimento, a legitimidade para recorrer, o interesse recursal e a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer.

Sobre o juízo de admissibilidade dos recursos em geral, observa Assis (2014) que o conjunto das condições de admissibilidade é matéria de ordem pública, devendo conhecê-la de ofício o órgão julgador, a qualquer tempo, prescindindo-se, portanto, de que a questão seja suscitada pelo recorrido em suas contrarrazões.

Moreira (1968) expõe que o juízo de admissibilidade recursal pode ser implícito, quando o recurso preenche os pressupostos de admissibilidade, viabilizando o enfrentamento do mérito recursal; porém, deverá ser explícito e fundamentado quando o juízo de admissibilidade for negativo, porque nesse caso trancará a análise da questão de fundo.

No que toca ao juízo de admissibilidade do recurso de apelação, ele é feito no tribunal. Nesse ponto, houve substancial mudança no regime em comparação ao Código de Processo Civil de 1973, como observa Amaral (2015, p. 1.022):

Substancial alteração promove o art. 1.010 ao eliminar o juízo de admissibilidade que antes era feito pelo juiz de primeiro grau. No atual CPC, interposta a apelação, deverá o juiz determinar a intimação do apela-

do para apresentar contrarrazões, novamente intimar o apelante na hipótese do art. 1.009, § 2º ou na hipótese de apresentação de apelação adesiva (art. 1.010, § 2º), e *incontinenti*, transcorrido os prazos para manifestação das partes, remeter os autos ao Tribunal, que haverá de fazer o juízo de admissibilidade do recurso.

Recebida a apelação no tribunal, caberá ao relator decidir a monocraticamente na hipótese, entre outras, de o recurso ser inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado de forma específica os fundamentos da decisão recorrida. É o que se extrai dos artigos 1.011, I e 932, III do Estatuto Processual.

Art. 932. Incumbe ao relator:

[...]

III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida;

[...]

Art. 1.011. Recebido o recurso de apelação no tribunal e distribuído imediatamente, o relator:

I - decidi-lo-á monocraticamente apenas nas hipóteses do art. 932, incisos III a V.

Superado o juízo de admissibilidade, autorizando o enfrentamento do mérito recursal, o voto do relator deverá ser submetido ao seu órgão colegiado, nos termos do artigo 1.011, II.

2 A dialeticidade exigida entre o recurso de apelação e a sentença recorrida

O Código de Processo Civil de 2015 coloca sobre o apelante, de forma expressa, ônus de impugnar de forma específica os fundamentos da sentença. É o que se colhe dos artigos 1.010, incisos II e III; e 932, III.

Eis os preceptivos legais:

Art. 932. Incumbe ao relator:

[...]

III - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida;

[...]

Art. 1.010. A apelação, interposta por petição dirigida ao juízo de primeiro grau, conterà:

I - os nomes e a qualificação das partes;

II - a exposição do fato e do direito;

III - as razões do pedido de reforma ou de decretação de nulidade;

IV - o pedido de nova decisão.

Neves (2016) expõe que o artigo 1.010 arrola os quatro requisitos formais do recurso de apelação.

Sobre o princípio da dialeticidade recursal, expõe Amaral (2015, p. 1021-1.022), em seus comentários ao artigo 1.010 do CPC, que, mesmo na vigência do CPC/73, a jurisprudência já impunha ao recorrente o dever de não se limitar à reprodução de suas razões apresentadas em primeiro grau e o que o novo Código fez foi aperfeiçoar a matéria no âmbito processual civil:

A jurisprudência, de modo geral, já vinha reconhecendo o princípio da dialeticidade recursal, que impõe ao recorrente dialogar com a decisão recorrida, atacando precisamente seus fundamentos ou seus aspectos formais de modo a requerer sua reforma ou anulação. Para refletir tal exigência, o art. 1.010 aperfeiçoa a redação do seu correspondente no CPC revogado, ao prever não apenas o dever do apelante em expor fato e direito como também “as razões do pedido de reforma ou de declaração de nulidade”. Ausentes tais razões, limitando-se o recorrente a reproduzir as razões apresentadas em primeiro grau, deve ser reconhecida a inépcia recursal, deixando de ser conhecida a apelação.

Neves (2016, p. 1.515), ao tratar da disciplina da inadmissibilidade do recurso por decisão monocrática do relator, compara a regra do artigo 932, III, com o regime do Código revogado, esclarecendo que

Comparado com o art. 557, *caput*, do CPC/1973, há uma mudança e uma novidade. No texto do CPC/1973, o não conhecimento (no texto superado: “não seguimento”) dependia de manifesta inadmissibilidade, enquanto, no novo dispositivo, basta a inadmissibilidade. Por outro lado, é incluída a ausência de impugnação específica dos fundamentos da decisão recorrida como causa para o não conhecimento monocrático do recurso. Na prática, já era possível, mesmo sem a previsão legal, considerar essa espécie de vício como causa de inadmissibilidade apta à prolação de decisão unipessoal. Na realidade, como aponta a melhor doutrina, tanto a hipótese de julgamento monocrático por estar o recurso prejudicado, como em decorrência da ausência de impugnação específica dos fundamentos da decisão recorrida, são hipóteses específicas de inadmissibilidade recursal.

Sobre a matéria, o STJ inclusive editara a súmula 182, tratando do agravo interno, mas cujo entendimento merece aplicação também no recurso de apelação: “É inviável o agravo do art. 545 do CPC (atual art. 1.021 do CPC/2015) que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada”.

O mesmo autor explica que o Estatuto de 2015 trouxe, agora indene de dúvidas, a previsão do princípio da dialeticidade como pressuposto recursal, ao prever no seu artigo 932, III, que o relator não conhecerá de recurso que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida.

Wambier (2016) explica que o que se pretende com o artigo 1.010, III, que impõe ao apelante o dever de explicitar as razões do pedido de reforma ou de decretação de nulidade da sentença, é desestimular a redação de recursos que não estejam em sintonia com a decisão impugnada, sendo apenas repetição da inicial ou da peça de defesa. Salienta ainda a autora que a ausência de impugnação específica dos fundamentos da decisão guerreada leva a uma quase impossibilidade de exercício do direito de defesa da outra parte.

Um bom exemplo se extrai de Assis (2014, p. 223):

João pleiteia gratificação por risco à saúde da pessoa jurídica de direito público, alegando que o exercício das atribuições inerentes ao cargo prejudica-lhe a audição, mas o juiz rejeita o pedido, baseando-se na ausência de norma local concedendo a vantagem pecuniária para aquela situação; na apelação contra tal sentença, não bastará João reproduzir os fundamentos da inicial, destacando o trabalho em condições insalubres, incumbindo-lhe alegar que a gratificação é devida, a despeito da falta de previsão legal, ou que o órgão judiciário interpretou erroneamente a norma aplicável à espécie. É claro que a alegação do recorrente se desenvolve dentro do quadro geral traçado pelas postulações iniciais das partes (inicial e resposta). Porém, há diferenças quantitativas e qualitativas flagrantes. Ao recorrente urge persuadir o tribunal do desacerto do provimento impugnado.

Neves (2016) explica que é imprescindível que nas razões do recurso de apelação seja feita a descrição das razões de inconformismo da parte recorrente. Entretanto, ele adverte que é entendimento do Superior Tribunal de Justiça que não impede, por si só, o conhecimento do recurso a reprodução, na apelação, dos argumentos lançados na petição inicial ou na contestação, desde que o tribunal consiga extrair da fundamentação recursal a irresignação da parte vencida com a sentença prolatada.

O autor cita o AgRg no Recurso Especial nº 717.147 - DF, da 4ª turma, julgado em 21/05/2013, e o AgRg no AREp nº 207.336/SP, da 3ª turma, julgado em 09/06/2015.

Eis as ementas:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. APELAÇÃO. ART. 514 DO CPC. FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL. REPRODUÇÃO DOS ARGUMENTOS CONTIDOS NA INICIAL. POSSIBILIDADE. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. REEXAME DE PROVA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. A reprodução na apelação das razões já deduzidas na petição inicial não enseja, por si só, a negativa de conhecimento do recurso. Precedentes.

2. O Tribunal de origem reconheceu a ausência dos vícios que maculam a boa-fé da recorrida, para fins de responsabilização civil, mediante a análise dos elementos fático-probatórios delineados nos autos. O reexame dessas circunstâncias é vedado em sede de recurso especial. Incidência da Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 717147 DF 2005/0006990-6, quarta turma, julgamento 21 de maio de 2013, relator ministro Raul Araújo).

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO. CONHECIMENTO DO APELO. REITERAÇÃO DE ARGUMENTOS DA PETIÇÃO INICIAL. DEMONSTRAÇÃO DA IRRESIGNAÇÃO. REQUISITO FORMAL. PREENCHIMENTO. ART. 514, II, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO. DECISÃO AGRAVADA EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ.

1. A reprodução, na apelação, dos argumentos contidos na petição inicial não impede, por si só, o conhecimento do recurso, mormente quando da fundamentação se extraia irresignação da parte com a sentença prolatada.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREp nº 207.336/SP, terceira turma, relator ministro João Otávio de Noronha, julgamento 09 de junho de 2015).

Do voto do relator proferido nos autos do AgRg no AREp nº 207.336/SP, infere-se que houve a citação do julgamento tomado pelo próprio STJ no AgRg no AgRg no REsp nº 1.309.851D PR, publicado em 19D 9D 2013. Na ocasião, o Tribunal afirmou que a reiteração dos argumentos escritos na petição inicial ou contestação no recurso interposto não impedem por si só o conhecimento do inconformismo, desde que sejam suficientes para demonstrar os motivos da irresignação do insurgente, bem como

do possível desacerto da decisão que se pretende desconstituir ou modificar. Na ocasião desse julgamento, o STJ entendeu que a dialeticidade não estava preenchida porque as razões recursais não enfrentaram de forma suficiente a decisão interlocutória, que descera a minúcias que não foram enfrentadas nas razões recursais lançadas de forma genérica. Não havia argumentos no recurso para infirmar a decisão recorrida. A ementa está assim lançada:

AGRAVO REGIMENTAL - IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO NA ORIGEM ANTE A NÃO OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO ESPECIAL. IRRESIGNAÇÃO DO EXECUTADO. 1. O princípio da dialeticidade recursal deve ser compreendido como o ônus atribuído ao recorrente de evidenciar os motivos de fato e de direito para a reforma da decisão recorrida, segundo interpretação conferida ao art. 514, II, do CPC. Esta Corte possui entendimento assente no sentido de que não obstante a legislação processual exija que a apelação contenha 'os fundamentos de fato e de direito', a parte não fica impedida de reiterar os fundamentos expendidos na inicial ou em outras peças processuais se estas forem suficientes para demonstrar os motivos da irresignação do insurgente, bem como do possível desacerto da decisão que se pretende desconstituirD modificar. Precedentes. Na hipótese, as razões do agravo de instrumento apresentado na origem são se mostram aptas a demonstrar e adequadamente infirmar os termos da decisão interlocutória, que teceu a minúcias e explicitou extensivamente os motivos pelos quais estaria acolhendo parcialmente a impugnação ao cumprimento de sentença, apenas para excluir do cálculo a multa de 10% fixada com base no art. 475-J. Em atenção ao princípio da dialeticidade, não basta ao agravante o desenvolvimento de arrazoado genérico em sentido contrário à decisão que pretende ver reformada, sendo imprescindível formular alegações e explicitar fundamentação que possa influir na análise da controvérsia. Precedentes. 2. Inviabilidade de rechaçar a conclusão das instâncias ordinárias, que consideraram exigível o título executivo apresentado e incorrente o excesso de execução, porquanto 'rever o alegado excesso de execução importaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência vedada em sede de recurso especial, a teor da Súmula 7 do STJ. (AgRg no Aresp n. 166.453D RS, Min. Raul Araújo, DJE 25D 09D 2012) 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AgRg no REsp n. 1.309.851D PR, relator Ministro Marco Buzzi, DJe de 19D 9D 2013.)

O mesmo Superior Tribunal de Justiça já tivera a oportunidade de afirmar, em 2008, a necessidade da impugnação específica da sentença no recurso interposto contra ela:

PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL – RAZÕES RECURSAIS QUE NÃO ATACAM OS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA – AUSÊNCIA DA REGULARIDADE FORMAL – DISSÍDIO NÃO-CONFIGURADO. 1. Não merece ser conhecida a apelação se as razões recursais não combatem a fundamentação da sentença - Inteligência dos arts. 514 e 515 do CPC - Precedentes. 2. Inviável o recurso especial pela alínea c, se não demonstrada, mediante confrontação analítica, a existência de similitude das circunstâncias fáticas e do direito aplicado. 3. Recurso especial não conhecido (STJ - REsp: 1006110 SP 2007/0268198-6, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 04/09/2008, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/10/2008)

E, mais recentemente, já se pronunciou:

É dever da agravante (em virtude do princípio da dialeticidade) demonstrar o desacerto da decisão que inadmitiu o recurso especial, atacando especificamente e em sua totalidade o seu conteúdo, o que não ocorreu na espécie, uma vez que as razões apresentadas contra a decisão de inadmissibilidade do recurso especial não impugnaram todos os seus fundamentos. A ausência de impugnação específica impede o conhecimento do agravo em recurso especial. [...] (STJ. 2ª Turma. AgInt no AREsp 863.182/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 02/06/2016).

Com o mesmo entendimento, o STF:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. PRAZO DECADENCIAL. BENEFÍCIOS CONCEDIDOS ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.523/1997. AGRAVO INTERNO QUE NÃO ATACA OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 283/STF. INCIDÊNCIA. RECURSO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APLICAÇÃO DE NOVA SUCUMBÊNCIA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. (ARE 953221 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 07/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-164 DIVULG 04-08-2016 PUBLIC 05-08-2016)

Assis (2014) pondera que, a despeito da repetição de argumentos da peça inicial ou contestação, o recurso há de ser admi-

tido se as razões mostrarem-se atuais e pertinentes, como acontece com frequência nas causas idênticas e envolvendo questões de direito.

O artigo 932, parágrafo único, do CPC determina ao relator do recurso o dever de abrir o prazo de cinco dias para que a parte recorrente possa sanar vício ou complementar documentação exigível. Salienta-se que esse prazo, para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível, só se aplica para recursos inadmissíveis, para saneamento de vício meramente formal, não tendo aplicabilidade ao recurso que não tenha feito a impugnação específica dos fundamentos da decisão recorrida.

Nessa linha, aliás, é o enunciado administrativo 6 do STJ: “Nos recursos tempestivos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016), somente será concedido o prazo previsto no art. 932, parágrafo único, c/c o art. 1.029, § 3º, do novo CPC para que a parte sane vício estritamente formal”.

Conclusão

Não raras vezes a parte adversa limita-se a reproduzir suas razões expostas na petição inicial ou peça de defesa no recurso interposto contra a sentença que lhe é desfavorável, olvidando-se de atacar de forma específica os fundamentos da decisão. A jurisprudência já extraía do artigo 514, II do CPC/73 o ônus do recorrente de explicitar em suas razões de apelação os motivos do desacerto da sentença combatida. O novo Código aprimorou a matéria e trouxe de maneira expressa o dever do recorrente de impugnar de forma específica os fundamentos da decisão com a qual ele não concorda, além de explicitar a consequência que advém da inobservância da regra expressa.

Forjou-se na jurisprudência que a mera repetição da peça inicial ou de defesa, por si só, pode não gerar a inadmissibilidade do recurso de apelação, desde que das razões de inconformismo extraiam-se argumentos capazes de infirmar os fundamentos da sentença, colhendo-se delas igualmente os motivos pelos quais a parte apelante entende que houve erro na decisão judicial. Muito embora o enfrentamento desse pressuposto recursal deva ocorrer de ofício pelo relator do recurso, conforme a previsão dos poderes no artigo 932 do Código de Processo Civil, é pertinente que a parte apelada, em suas contrarrazões ao recurso, suscite a ausência desse pressuposto recursal para que o apelo não seja conhecido.

Referências

- AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O juízo de admissibilidade no sistema dos recursos cíveis**. Rio de Janeiro, 1968.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: JusPodivm, 2016.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo** [livro eletrônico]. 2ª ed. São Paulo: RT, 2016.

Contratos coligados de compra e venda e financiamento para aquisição de imóvel residencial urbano na planta: a proteção do consumidor no caso de atraso na entrega da obra

José Gabriel Boschi

*Especialista em Direito dos Negócios pela
Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS
Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade
Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS*

RESUMO

Pretende-se analisar a coligação contratual estabelecida entre a aquisição de imóvel residencial e mútuo para aquisição, especialmente a cláusula contratual que impõe o dever de pagamento dos chamados juros de obra mesmo após expirada data para entrega dela. A conclusão é que esse o ônus financeiro deve ser adimplido pela construtora que deu causa ao atraso, orientação que se entende ser a mais favorável ao consumidor, vulnerável na relação. Antes dessa abordagem e conclusão, impõe-se exame do conceito da própria coligação, origem, espécies, diferença para institutos afins e consequências jurídicas.

Palavras-chave: Coligação de contratos. Aquisição financiada de imóvel na planta. Cobrança de juros de obra. Interpretação favorável ao consumidor.

ABSTRACT

It is intended to analyze the contractual coalition established between acquisition of residential and credit for acquisition, especially contractual clause that imposes the duty to pay the so-called interest rate of work even after expired date for delivery of the work. The conclusion is that this financial burden must be complied with by the construction company that caused the delay, which is considered to be the most favorable to the consumer, vulnerable in the relationship. Before this approach and conclusion, it is necessary to examine the concept of the coalition itself, origin, species, difference for related institutes and legal consequences.

Keywords: Coalition of contracts. Acquisition of property financed at the plant. Collection of interest charges. Interpretation favorable to the consumer.

Introdução

As transformações sociais e mercantis sempre influenciaram a disciplina jurídica dos contratos ao longo da história (BETTI, 2008). A concepção clássica da obrigação contratual, entendida como vínculo formal celebrado entre duas partes, com efeitos não extensivos a terceiros, e com prestação, direitos e deveres objetiva, clara e taxativamente delimitados no instrumento que o materializa, há muito tempo já não subsiste sozinha no estudo da matéria. Novas formas contratuais vão permanentemente surgindo, muitas delas com estrutura totalmente inovadora, de modo a permitir aos contratantes (inseridos em um mercado negocial cada vez mais complexo e dinâmico) a formalização exitosa de determinada operação econômica (ROPPO, 2009). Além disso, aferiu-se que os contratos, no propósito de instrumentalizar a troca de riquezas entre as partes, muitas vezes vinculam-se entre si, de forma hierárquica ou não, através de uma operação econômica cuja causa é supracontratual, ou seja, transcende às causas individuais dos vínculos que a compõem, o que muitas vezes sequer é previsto expressamente pelas partes. É, pois, nesse cenário que surge a figura da coligação de contratos (GOMES, 2008).

Importante ressaltar que esse novo cenário negocial, ao contrário do que possa parecer, não enseja a confecção, sempre, de complexos e extensos contratos firmados apenas entre grandes empresas ou conglomerados econômicos. A inovação dos negócios atinge, certamente, também, o comerciante informal ou o contratante pessoa física que, não raro, sequer é um *player* do mundo negocial complexo. Imagine-se, por exemplo, os contratos de pacote turístico; os contratos informáticos; os contratos de mútuo bancário vinculados aos contratos de capitalização, seguro e outros; entre outros. A riqueza e complexidade econômica atingem, portanto, a todos (BULGARELLI, 1999).

Parcela da doutrina insere o fenômeno da coligação de contratos no quadro dos contratos atípicos, argumentando que os contratos individuais, de forma coligada, ao unirem-se em torno de uma operação econômica finalística, ensejariam a formação de um novo contrato, sem previsão normativa. Neste caso, naturalmente, a coligação de contratos estaria umbilicalmente ligada ao exercício da autonomia privada dos contratantes (ANDRADE, F., 2012, p. 269; ANDRADE, M., 2016; DIEZ-PICAZO, 1993, p. 360; ROSITO, 2007, p. 24-37).

Outra parcela da doutrina, contudo, aborda o tema sem qualificá-lo como espécie de atipicidade contratual. Neste caso, o enfoque dá-se sobre a causa supracontratual para a qual concorrem contratos individuais com causa e estrutura próprias, mas que se coligam para a consecução de uma operação econômica finalística, que os determina e orienta. Entendemos que esse, de fato, é o referencial teórico mais adequado para o estudo, uma vez que os exemplos que se avolumam no estudo da matéria traduzem em maior escala o fenômeno no qual contratos, típicos ou atípicos, mas com causa e estrutura individuais próprias e autônomas, coligam-se entre si em torno de uma operação econômica supracontratual, finalística no sentido de orientá-los e determiná-los quanto a sua interpretação e efeitos jurídicos, sem consolidar-se necessariamente num único instrumento formal e sem perder, ainda, a identidade individual de cada qual.

O presente trabalho pretende abordar as consequências jurídicas extraídas da coligação de contratos de aquisição e financiamento (para aquisição) de imóvel na planta, sobretudo quando há atraso na entrega do imóvel e continuidade de cobrança de encargos financeiros sobre o consumidor adquirente/mutuário. Nessa situação, ante a coligação de contratos que se verifica, impõe-se uma interpretação conjunta dos instrumentos contratuais individuais (compra e venda e mútuo, respectivamente), de modo a proteger o consumidor da referida cobrança, como forma de proteção do vulnerável numa contração entre desiguais.

Como condição para o enfrentamento do problema supradelineado, será necessário, preliminarmente, discorrer acerca do conceito de contratos coligados, sua classificação e diferença para institutos afins, especialmente os casos nos quais se tem a impressão de se estar diante de pluralidade de contratos – como é o caso da coligação – mas, em verdade, se está diante de contrato unitário, apenas com complexidade obrigacional ou então com a fusão de contratos típicos ou atípicos.

Lançadas as linhas introdutórias, passa-se ao exame do tema, na ordem ora proposta.

1 Conceito de coligação de contratos e suas origens

De forma geral, a doutrina conceitua a coligação contratual nos termos aqui já anunciados, qual seja, a coligação entre contratos estruturalmente independentes, cada qual com sua causa (SILVA, L., 2013) própria e individualizada, mas que, unidos por uma operação econômica unitária, passam a girar em torno de

uma causa comum supracontratual, que lhes lançará exame de validade de eficácia. Há, entre eles, um nexos funcional sistêmico, que emprega aos contratos uma função econômica ulterior para além daquela individual e específica de cada um dos vínculos. Os contratos coligados, nesse cenário, ultrapassam a mera soma de suas próprias finalidades individuais.

Acerca do conceito de contratos coligados, importa trazer a lição de Leonardo (2003, p. 129):

A despeito da existência de algumas abordagens feitas nos diversos sistemas jurídicos citados, verifica-se, porém, uma unidade na apreensão do fenômeno a ser estudado: contratos estruturalmente diferenciados, todavia unidos por um nexos funcional-econômico que implica consequências jurídicas.

Outro não é o ensinamento de Marques (2002, p. 94):

Contratos conexos são aqueles contratos autônomos que por visarem à realização de um negócio único (nexos funcional) celebram-se entre as mesmas partes ou partes diferentes e vinculam-se por esta finalidade econômica supracontratual comum, identificável seja na causa, no consentimento, no objeto ou nas bases do negócio. Assim, se a finalidade supracontratual é de consumo, todos os contratos são de consumo por conexidade ou acessoriedade. Esta nova visão qualificada e ampliadora das relações de consumo é necessária para uma boa aplicação do CDC. A conexidade é o método de comercialização e marketing, é a consequência que hoje pode ser facilmente fotografada no mercado nacional.

Ainda, cumpre referir a doutrina de Marino (2009, p. 99) acerca do conceito de contratos coligados: "Contratos coligados podem ser conceituados como contratos que, por força da disposição legal, da natureza acessória de um deles ou do conteúdo contratual, encontram-se em relação de dependência unilateral ou recíproca".

A doutrina da coligação de contratos é fortemente encontrada sobretudo no direito italiano, português, espanhol, francês, argentino, e na *common law*, especialmente nos Estados Unidos e Inglaterra, o que em todos os casos influenciou o estudo do tema no Brasil. Na Itália e em Portugal¹, a nomenclatura que se sobressaiu foi a de *coligação* de contratos (na Itália, pre-

¹ A doutrina menciona como expoentes do tema nesses países, entre outros, Messineo (1973), Lerner (1999), Schizzeroto (1993) e Varela (1999).

cisamente, *collegamento* ou *contratti collegati*), embora há quem diga que no país luso a opção doutrinária foi por *união* de contratos (ROSITO, 2007, p. 25). Na Espanha², optou-se em maior escala pela nomenclatura contratos *conexos*. Já na França³, o fenômeno foi estudado sob o nome *grupo* de contratos. Na Argentina⁴, a seu turno, a denominação *redes* de contratos determinou a sistematização do tema, embora haja aqueles que sustentam que a nomenclatura prevalente foi a de contratos *conexos*, à semelhança da Espanha. E, por fim, nos Estados Unidos e na Inglaterra⁵, o enfrentamento do tema foi sob a denominação contratos *ligados*. Dentre essas matrizes teóricas, importa destacar o estudo do tema na Itália, na França e na Argentina.

Na Itália, em síntese, o enfoque foi dado, inicialmente, a partir da possibilidade de contaminação de vícios entre os contratos que fizessem parte da coligação de contratos. Aferiu-se que eventual invalidade, total ou parcial, de determinado contrato poderia projetar os seus efeitos sobre os demais vínculos que fizessem parte da coligação e sobre a própria operação econômica finalística resultante da ligação entre os contratos, atingindo, nesse cenário, a causa supracontratual decorrente da soma das causas individuais. Posteriormente, a doutrina evoluiu para análise do processo de qualificação e interpretação dos contratos individuais em relação à coligação estabelecida.

Já na França, a coligação surgiu de forma autônoma à teoria italiana e seguiu rumos próprios. Sob a denominação de grupos de contratos (*groupes de contrats*), a doutrina francesa apresentou enfoque na relatividade dos efeitos do contrato. Identificou-se, em suma, a relevância de se identificar terceiros possivelmente vítimas de dano contratual ante o inadimplemento de um dos vínculos individuais. Conforme refere Marino (2009, p. 84):

Destarte, procurou-se adaptar a noção de grupo contratual a um fim específico: torná-la instrumento dogmático adequado para identificar os terceiros passíveis de sofrer dano de natureza contratual em virtude da inexecução culposa de um contrato do qual não são parte, a fim de lhes possibilitar o ajuizamento

² A doutrina refere, como doutrinadores que se aprofundaram no estudo da conexão, entre outros, López-Frías (1994) e Díez-Picazo (1993).

³ Conforme a doutrina, foram os seguintes doutrinadores franceses quem assentaram as bases da doutrina do grupo de contratos, entre outros: Teyssie (1975) e Bacache-Gibeili (1996).

⁴ Por influência de Lorenzetti (2010).

⁵ Refere-se aqui, como expoente do pensamento, Macneil (1974).

de ação direta de reparação em face do devedor inadimplente. Daí afirmar-se que a nova noção de grupo contratual não seria “conceitual”, porém “funcional”.

Com efeito, historicamente os contratos sempre estiveram ao abrigo do postulado de que produzem efeito somente entre as partes formalmente contratantes. Contudo, para a dogmática dos contratos coligados, há de se ter claro que essa noção não mais subsiste, ou seja, os efeitos de um contrato não se restringem apenas às partes contratantes, mas projetam-se para fora do vínculo, atingindo terceiros.

Essa concepção, em verdade, surge no ordenamento jurídico como oposição ao dogma clássico oitocentista de que o contrato produz efeito somente entre as partes, não beneficiando nem prejudicando terceiros. A função social do contrato, entendida fundamentalmente como princípio de projeção dos efeitos para terceiros, surge para flexibilizar um dos pilares da autonomia da vontade, no caso, a relatividade dos efeitos do contrato apenas às partes, à semelhança do que se visualizara, na história, com os pilares da liberdade de contratar, que passou a sofrer limites pelo princípio da boa-fé objetiva, e da força obrigatória do contrato, que passou a ser flexibilizado pela possibilidade de revisão do contrato (NEGREIROS, 2002).

Na coligação do contrato, justamente por haver vínculos ligados sob uma causa supracontratual comum, unitária, que os une em torno de uma operação econômica, torna-se impensável imaginar que os efeitos desses vínculos não sejam projetados para todos aqueles que fazem parte da coligação, ainda que não tenham firmado o negócio individualizado e que compõe a cadeia contratual. Em verdade, como se vê, esse aspecto apresenta dupla face, pois, ao mesmo tempo em que se assenta como marco teórico para análise do tema de coligação contratual, apresenta-se como um dos efeitos da referida coligação, a seguir explicitados.

Como decorrência da afirmação supra-articulada, resta assentar, ainda, que o próprio conceito de terceiro altera-se no cenário contratual atual e, mais precisamente, no próprio universo da coligação.

Isso porque, aceitando-se a ideia de que o contrato é um elo da cadeia econômica e que transcende, desta forma, os interesses exclusivos dos contratantes, acaba-se por admitir que a função social faz com que se tenha que pensar uma minoração da ideia de relativismo. Haverá, inexoravelmente, certa heterogeneização do conceito de terceiro. Caberá analisar, no

caso concreto, a função social daquele vínculo específico, de modo a, a partir daí, aferir os seus efeitos para quem não firmou formalmente o instrumento. Enfim, a concepção binária de partes – que seriam somente aqueles que voluntariamente aderiram ao vínculo – resta definitivamente superada com a nova teoria geral dos contratos, sobretudo na sua aplicação aos contratos coligados.

Na Argentina, por força da teoria da rede de contratos, ganhou ênfase o estudo sob o viés da teoria de sistema, na qual os conceitos de completude, harmonia, ordem e hierarquia foram determinantes para o estudo do tema (LORENZETTI, 2010).

Em linha evolutiva, é mister referir que a doutrina dos contratos coligados ganhou solidez na Europa a partir da constatação de que em contrato de consumo para aquisição de bem durável, celebrado entre fornecedor e consumidor, muitas vezes a aquisição ocorria mediante mútuo celebrado pelo consumidor junto a terceiro, restando assente, nesse contexto, que, apresentando o bem algum vício ou defeito, estaria o consumidor autorizado a opor ao mutuante o desfazimento do vínculo, com a interrupção do pagamento da quantia mutuada, ainda que o credor não tivesse participado formalmente da operação de venda ao consumo. Nesse sentido é a Diretiva 2008/48/CE.⁶

A jurisprudência nacional pouco enfrentou o tema e, quando o fez, não buscou sistematizar o instituto, seja pela definição de nomenclatura, seja pela definição dos contornos aplicáveis. Veja-se, por oportuno, que em pesquisa realizada junto ao sítio oficial do Superior Tribunal de Justiça utilizando-se as expressões “contratos” e “coligados” ou “conexos” foram localizados apenas 11 (onze) acórdãos.⁷ Em parte justifica-se o pouco enfrentamento da jurisprudência do STJ sobre o tema, pois em muitos casos o exame da coligação pressupõe o exame da matéria fática, o que encontra óbice na súmula 7 do STJ, e porque muitos contratos coligados operam a respectiva coligação em setores de tecnologia, infraestrutura, energia, direito societário, entre outros, os quais são, na grande maioria, submetidos ao procedimento arbitral, e nesse cenário são abrigados pelo sigilo e confidencialidade das decisões. Além disso, verifica-se que nos acórdãos proferidos pela Superior Corte de Justiça, muitas vezes, houve utilização sinônima, sobretu-

⁶ Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/leg32ral-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32008L0048>>.

⁷ Pesquisa realizada em maio de 2017. São estes os acórdãos identificados: REsp 1519041/RJ; REsp 1141985/PR; AgRg no REsp 1206723/MG; REsp. 1127403/SP; EREsp. 681881/SP; AgRg no CC 69689/RJ; REsp. 985531/SP; REsp. 419362/MS; CC 34504/SP; e REsp. 337040/AM.

do, dos termos coligação ou conexão, sem diferenciação técnica, ademais, para contratos mistos e negócios complexos (ambos espécies de contratos singulares).

Por fim, insta referir que há precedentes na própria Suprema Corte Federal, em julgados que também não enfrentaram o tema com exaurimento técnico e conceitual.⁸

2 Classificação de contratos coligados e institutos afins

Tendo-se discorrido – ainda que brevemente, tendo em vista os limites extensivos impostos ao presente trabalho – acerca do conceito de coligação de contratos, importa classificá-la e segregá-la de institutos afins, para, em momento posterior e conclusivo, apontar os seus efeitos jurídicos, sobretudo nos contratos de aquisição de imóvel na planta.

Assim como sói ocorrer com inúmeros institutos jurídicos, a coligação contratual também foi classificada pela doutrina e, assim, como sucedeu com os contratos atípicos, não houve padronização de classificação, de modo que aqui se expõe aquela que se entende ser mais precisa, sobretudo por considerar apenas a fonte da coligação e a relação hierárquica estabelecida entre os vínculos que compõem os contratos coligados. Desta feita, portanto, a coligação pode ser legal, natural (ou necessária) ou voluntária (ou funcional).⁹

Diz-se legal quando o vínculo entre os contratos é expressamente disposto pela lei ou quando esta prevê os efeitos de coligação. São exemplos as doações mútuas, os contratos principais e acessórios (ex.: hipoteca ou penhor e contrato de mútuo), a sucessão de contratos (ex.: contrato preliminar e contrato definitivo), entre outros.

Já a coligação natural ou necessária é aquela que decorre da natureza ou da função de um ou de ambos os contratos coligados. Não há programa econômico unitário perseguido pelas partes racionalmente. É a própria natureza ou função que requer a vinculação entre os contratos, conforme preceitua Marino (2009, p. 105-106), a coligação voluntária nem sempre será necessária, na acepção estrita da palavra, pois:

o vínculo, não obstante natural, poderá perfeitamente surgir acidentalmente, sem que fizesse parte do

⁸ Servem, como exemplo, os seguintes arestos proferidos pelo STF: AgIn 62.684/PR; RE 80.448/MG; RE 84.727/RJ; RE 86.246/RJ.

⁹ Essa classificação é adotada pela doutrina italiana, conforme afirmam Fernandes (2014, p. 227) e Marino (2009, p. 104).

programa contratual inicial das partes. Nesse sentido, uma subempreitada pode ser coligada à empreitada que lhe serve de contrato-base em ao menos dois sentidos: a subempreitada pode vir desde o início contemplada pelas partes, sendo expressamente prevista no contrato-base (coligação), ou pode vir a ser celebrada no curso da empreitada, diante de uma circunstância imprevista (coligação acidental).

Por fim, a coligação voluntária (ou funcional) surge pela vontade das partes, que vinculam contratos a uma operação econômica com causa supracontratual que transcende aos contratos individuais (KATAOKA, 2008). Essa coligação pode ocorrer através de cláusula expressa ou pelo fim concreto ou interpretativo do negócio (implícita). É esta, implícita, que importa de forma relevante ao estudo da coligação de contratos independentes e os completamente dependentes.

Em prosseguimento, da análise dos seus elementos estruturantes, é possível aferir a diferença entre os contratos coligados e alguns institutos afins.

Com efeito, os contratos coligados diferem-se dos chamados contratos *relacionais*. Em verdade, aqui não há uma comparação de espécies, uma vez que contratos relacionais são contratos de execução diferida no tempo por apresentarem uma relação jurídica contínua e duradoura. Assim, a análise é quanto à projeção da eficácia temporal e quanto à necessidade de reexame do vínculo diante de novos cenários que por ventura surjam. Diante desse contexto, o fenômeno relacional pode ser aferido tanto em contrato único como na plurilateralidade de contratos (contratos coligados), bastando apenas que haja, em ambos os casos, projeção dos efeitos no tempo (MACNEIL, 2009).

Há, ainda, a diferenciação dos contratos coligados para os chamados contratos *quadro*, em que as partes estipulam que novas obrigações possam ser exigidas reciprocamente no futuro, diante de determinada hipótese. Pelo seu caráter flexível, é chamado também de contrato “programático” ou contrato “guarda-chuva”, na medida em que se constitui por cláusulas gerais que serão completadas e harmonizadas com novas disposições, específicas, que as partes realizarão no futuro, para execução e adimplemento da obrigação específica. À semelhança do que expusemos antes, em relação aos contratos relacionais, aqui a diferenciação é quanto a aspectos outros que não a singularidade ou coligação de contratos.

Não se pode furtar a indicação da diferença, também, entre os contratos coligados e os contratos *plurilaterais*, os quais são próprios para a formação de sociedades, onde há em verdade

uma organização para a execução de fins comuns, e não um contrato de permuta de esforços, como é a coligação contratual.

Duas espécies contratuais, contudo, têm gerado maior confusão na doutrina e jurisprudência em relação aos contratos coligados. São os chamados contratos *complexos* e os contratos *mistos*. Isso porque, em síntese, ambos os contratos apresentam aspectos plúrimos dentro de um mesmo vínculo, o que pode aparentar estar-se diante de pluralidade de contratos. Contudo, trata-se, em ambos os casos, de contrato único e que, por esse motivo, fundamentalmente, não se confunde com a coligação de contratos.

Com efeito, contratos *complexos* são aqueles contratos que apresentam uma pluralidade de manifestações de vontade dentro de um contrato singular, ou seja, contrato único (e a diferença para os contratos coligados repousa no fato de que estes possuem manifestação de vontade, simples ou complexa, que, somadas, formarão a referida coligação, através de uma causa supracontratual que as unirá em torno de uma finalidade comum – operação econômica). Os contratos complexos, portanto, não representam pluralidade de contratos, mas sim contrato único.

Por fim, importa distinguir a coligação contratual dos contratos *mistos*, diferenciação esta que se entende ser a mais relevante no presente estudo, pois aqui a confusão para contratos coligados é ainda maior do que os contratos complexos, supraidentificados.

Como cediço, em muitos casos, não é tarefa fácil se identificar se há unicidade ou pluralidade de contratos. Uma visão precipitada da relação jurídica pode induzir a crer que se está diante de um único contrato – situação esta aferível, sobretudo, quando se está diante de um único instrumento contratual, quando, em verdade, há mais de uma causa e vínculo contratuais, que se interligam em torno de uma operação supracontratual. Por outro lado, contudo, imagina-se estar diante de contratos individuais coligados, quando, de fato, o que existe juridicamente é um único contrato, que incorpora ou engloba vínculos que lhe são dependentes.

Nesse cenário, portanto, pode-se afirmar que nos contratos mistos o resultado econômico almejado não é possível sem que haja, necessariamente, o somatório de todas as prestações, o que, contudo, não é condição para a coligação contratual, na qual prestações individuais, de cada vínculo específico, ao mesmo tempo em que os exaurem individualmente, somam-se diante de uma causa supracontratual, convergindo para o cumprimento

de uma operação econômica comum. Assim, contrato misto é contrato único com várias prestações, que vão se somando para atingir o fim almejado. Contratos coligados, como visto, pressupõem dois ou mais contratos, cujas prestações individuais podem ser únicas ou não.

Acerca dos contratos mistos, importa referir a doutrina de Fernandes (2014, p. 220):

Nos contratos mistos coexistem várias modalidades contratuais em apenas um negócio jurídico, sacrificando-se a causa deles por uma finalidade específica, enquanto nos contratos coligados os negócios jurídicos integrantes do sistema mantêm sua autonomia estrutural e causal, havendo, no entanto, uma vinculação econômica entre eles, que constitui, repita-se uma vez mais, a causa do sistema. A distinção, entre outros aspectos, encontra-se na unidade ou na multiplicidade de causas conforme se estejam analisando contratos mistos ou coligados, respectivamente.

Assim, expostas as bases conceituais do tema da coligação de contratos, sua classificação, bem como sua diferenciação para figuras afins, importa agora analisar as consequências jurídicas do fenômeno, para em análise derradeira investigar-se a coligação no âmbito do financiamento imobiliário para aquisição de imóvel residencial urbano.

3 Consequências jurídicas da coligação

No ponto, a primeira consideração a se fazer é que a coligação implica a necessidade de uma interpretação conjunta de todos os contratos individuais que fazem parte do fenômeno de pluricontratualidade. Assim, a primeira consequência jurídica a ser investigada, portanto, é quanto à interpretação.

A interpretação dos contratos coligados passa, contudo, preliminarmente, pelo exame da classificação de coligação contratual instituída. Assim, nos casos de coligação legal, por exemplo, será a lei quem dará as bases para a interpretação conjunta dos vínculos individuais para com a coligação estabelecida, sobretudo nos casos de coligação de contratos no âmbito da relação de consumo – por exemplo, aquisição e financiamento para aquisição de bens ou serviços, situação na qual o intérprete não poderá omitir-se às normas dos arts. 47¹⁰ e 51, IV,¹¹ do CDC, bem

¹⁰ “Art. 47. As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.”

como do próprio Código Civil, arts. 423¹² e 424¹³, sobretudo ante o diálogo das fontes (MARQUES, 2002).

No caso de se entender que a coligação dos contratos enseja um novo contrato atípico, conforme doutrina referida no início do texto, é necessário, por evidente, que no processo interpretativo haja observância tanto do disposto no arts. 112¹⁴ e 113¹⁵ do Código Civil (MARTINS-COSTA, 1999; SILVA, J., 2002) quanto das próprias regras atinentes aos contratos típicos afins.¹⁶

Ademais, insta aduzir que na coligação de contratos, embora cada contrato mantenha a sua individualidade estrutural e de causa, conforme já referido alhures, muitas cláusulas contratuais somente serão compostas a partir de elementos presentes na redação de todos os contratos, ou seja, o sentido de determinada cláusula surge a partir da interpretação de todos os contratos envolvidos.

Dentro do processo interpretativo dos contratos coligados, pode-se referir importante aresto do STJ no qual se julgou a coligação de contrato de trabalho e contrato de imagem de atleta de futebol profissional com determinado clube brasileiro, o que acabou por determinar, inclusive, a competência jurisdicional para dirimir conflito laboral, cuja remuneração assentava-se no contrato de trabalho e no contrato de direito de imagem. Em apertada síntese, o STJ entendeu que o contrato de imagem servia, ao fim e ao cabo, a remunerar o profissional pela sua atividade futebolística, possuindo assim natureza própria de contrato de trabalho, o que conduziu o julgamento de ambos os contratos coligados – tanto contrato de emprego formal quanto contrato de imagem – perante a justiça laboral. Houve, ademais, no caso, o reconhecimento da chamada tipicidade social da co-

¹¹ “Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.”

¹² “Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.”

¹³ “Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.”

¹⁴ “Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.”

¹⁵ “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”

¹⁶ Nesse sentido já se manifestou o STF, no RE 81.052/SP, e o STJ, no REsp. 5.680/SC.

ligação entres esses contratos, em que o contrato de trabalho era principal em relação à cessão de direito de imagem, que por ser acessória não atraía a jurisdição comum para solução de sua controvérsia.¹⁷

Ao lado das imposições interpretativas dos contratos coligados, supraindicadas, outra consequência jurídica que pode ser apontada – e que, ao nosso sentir, não se afasta do próprio processo interpretativo da coligação – é a possibilidade de qualificação dos contratos individuais envolvidos na operação global. Ou seja, investiga-se a possibilidade de se qualificar (e assim definir) qual o regime jurídico aplicável aos contratos individuais, ante sua participação na coligação de contratos. Exemplificasse, neste ponto, a coligação existente entre os contratos de cessão e de distribuição de combustíveis, firmada entre distribuidora e revendedora de combustível.

Com efeito, o STJ¹⁸, diante da hipótese acima narrada, entendeu que, de fato, o contrato firmado entre a distribuidora de combustível e a revenda, referente ao imóvel destinado a esta para o fim de comercialização de lubrificantes e gasolina (com exclusividade em favor daquela), tratava-se de locação *sui generis*, ou atípica, e assim seria possível a própria ação de despejo no caso de inadimplemento (não pagamento ou a própria violação da cláusula de exclusividade, já reconhecida anteriormente como lícita¹⁹). Admitiu-se, em tese, que a Lei do Inquilinato seria aplicável em parte do negócio.

Não se pode furtar de referir que alguns tribunais de justiça locais entendem que, a despeito de se estar diante de contrato de locação atípico, o caso narrado representa, em verdade, contrato misto ou contrato complexo, ou seja, contrato único, e não coligação de contratos. O STJ, por ocasião dos julgamentos sobre a matéria, não foi expresso no sentido de catalogar os contratos de locação e distribuição como coligados, omissão esta que permitiu o surgimento de interpretações diferentes nos tribunais locais (MARINO, 2009, p. 167).

Ainda no âmbito da qualificação dos contratos coligados, outro exemplo elucidativo da questão é o caso dos contratos de locação coligados ao contrato de franquia. A prática comercial indica que geralmente, nesses casos, as partes firmam 2 (dois) instrumentos específicos: locação e franquia (ao contrário do que ocorre, geralmente, com locação e distribuição, acima indicado,

¹⁷ CC 34.504/SP.

¹⁸ REsp. 440.398/GO e REsp. 687.336/MG.

¹⁹ REsp. 475.220/GO.

onde ambas as operações constam no mesmo instrumento formal). Contudo, entendeu-se que a locação seria acessória à franquia e, por esse contexto, teria parcela do seu regime jurídico derogada, seja por não ser possível ação de despejo, seja por ser julgada em órgão jurisdicional interno e fracionado afeto à matéria comercial (e não locativa).

Em prosseguimento, cumpre aludir, ainda, o processo de derrogação do regime jurídico que determinado contrato pode sofrer por conta da coligação que o envolve e orienta. A doutrina aponta a derrogação como consequência jurídica própria, ao lado daquelas acima expostas. Entendemos, contudo, que se trata do mesmo fenômeno jurídico da qualificação, apenas sob o viés negativo, pois, ao qualificar o contrato individual para regime jurídico diverso daquele previsto pelas partes na origem, outra coisa não ocorre senão que se está derogando o seu regime natural e originário.

Neste ponto, pois, exemplifica-se, novamente no contrato de franquia, agora porém coligado à sublocação, especialmente quanto à possibilidade do franqueador, sublocador, cobrar do franqueado, sublocatário, aluguéis superiores àquele que paga (o franqueador sublocador) na sua locação original.

Nesses casos a doutrina (ITURRASPE, 2007, p. 19) admitiu a possibilidade de que os locativos na sublocação coligada à franquia sejam superiores àqueles cobrados na locação original firmada entre proprietário do imóvel e franqueador, ainda que haja proibição legal exposta no art. 21 da Lei de Locações.²⁰

A permissão está no fato de que os investimentos feitos pelo franqueador no imóvel (que locou e que irá sublocar ao franqueado) autorizam a não se manter a paridade de cobrança. Ou seja, os investimentos e gastos realizados pelo franqueador no imóvel, tais como reforma, benfeitoria, embelezamento, infraestrutura do local, entre outros, permitem que o locativo a ser cobrado do sublocatário franqueado seja superior ao locativo que aquele, sublocador franqueador, paga ao proprietário do imóvel, uma vez que a sublocação está coligada ao próprio contrato de franquia, girando ambos em torno da operação econômica comercial, e não da relação locatícia, que tem o seu regime jurídico típico derogado.

²⁰ “Art. 21. O aluguel da sublocação não poderá exceder o da locação; nas habitações coletivas multifamiliares, a soma dos aluguéis não poderá ser superior ao dobro do valor da locação. Parágrafo único. O descumprimento deste artigo autoriza o sublocatário a reduzir o aluguel até os limites nele estabelecidos.”

Ainda, a doutrina refere, como situação na qual a coligação derroga a tipicidade de determinado contrato, os casos dos contratos *built to suit*, que igualmente se vinculam à hipótese de locação.

Em apertada síntese, trata-se de operação econômica na qual locador e locatário ajustam que aquele irá adquirir imóvel para locar a este, de acordo com as suas especificações. Paralelamente a esse contrato, naturalmente, celebram as partes contrato de locação, geralmente de longa duração. A previsão de ambos os negócios estarem no mesmo instrumento contratual ou em instrumentos contratuais diversos desimporta, pois, de fato, há coligação entre os vínculos, consubstanciada em negócio de empreitada e negócio de locação.

Contudo, a coligação entre os vínculos, mais precisamente a operação econômica supracontratual que os orienta e determina, impõe a derrogação dos elementos típicos da locação, de modo que se afasta, por exemplo, aprioristicamente, a incidência do art. 4 da Lei do Inquilinato²¹, que permite ao locatário devolver o imóvel mediante multa proporcional. A razão dessa proibição decorre dos investimentos feitos pelo locador no imóvel locado, os quais devem ser razoavelmente restituídos no curso da operação. No mesmo contexto, ante o valor aportado pelo locador para celebração do negócio, é compreensível que no aluguel estejam embutidos o custo da ocupação e da construção do imóvel, razão pela qual o pedido de revisão do aluguel, para adequá-lo ao preço de mercado, art. 19 da Lei do Inquilinato²², igualmente, não encontra guarida (ao menos aprioristicamente).

Por fim, ao lado da interpretação, qualificação e derrogação dos contratos coligados, importa tecer breves comentários acerca das consequências jurídicas atinentes às invalidades dos contratos coligados, o que encontra origem histórico-doutrinária na teoria italiana dos contratos *collegati*, conforme referido alhures.

²¹ “Art. 4º Durante o prazo estipulado para a duração do contrato, não poderá o locador reaver o imóvel alugado. Com exceção ao que estipula o § 2º do art. 54-A, o locatário, todavia, poderá devolvê-lo, pagando a multa pactuada, proporcional ao período de cumprimento do contrato, ou, na sua falta, a que for judicialmente estipulada. Parágrafo único. O locatário ficará dispensado da multa se a devolução do imóvel decorrer de transferência, pelo seu empregador, privado ou público, para prestar serviços em localidades diversas daquela do início do contrato, e se notificar, por escrito, o locador com prazo de, no mínimo, trinta dias de antecedência.”

²² “Art. 19. Não havendo acordo, o locador ou locatário, após três anos de vigência do contrato ou do acordo anteriormente realizado, poderão pedir revisão judicial do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado.”

Com efeito, em linhas gerais, a consequência jurídica ora exposta traduz-se na ideia de que as invalidades de um contrato atingem o outro (ou outros) que lhe é coligado (ou que lhes são coligados). Para essa sistematização, é necessária a análise do fim concreto visado pelas partes, o que será aferido, contudo, mediante exame interpretativo e racional do contrato.

4 Aquisição de imóvel residencial na planta coligada com financiamento para aquisição. Atraso na entrega da obra por culpa da construtora e manutenção da cobrança de juros por parte da instituição financeira. A coligação dos contratos e a solução em favor do consumidor vulnerável

A aquisição de imóvel residencial urbano na planta traduz-se na opção mais barata de se adquirir imóvel novo. Por conta disso, a operação imobiliária impõe ao consumidor, por outro lado, riscos inerentes ao negócio.

Com efeito, a aquisição imobiliária ora indicada pressupõe, basicamente, dois contratos: a compra e venda realizadas entre o consumidor e a construtora/incorporadora; e o financiamento habitacional celebrado entre o consumidor e determinada instituição financeira. Os negócios, que mantêm cada qual cláusulas e estrutura próprias, podem estar no mesmo instrumento contratual ou não. A coligação de contratos, nesse cenário, resta evidente, destacando-se que a causa supracontratual é a operação econômica de aquisição imobiliária, dentro do âmbito consumerista.

O consumidor celebra contrato com a construtora cujo objeto é a aquisição do imóvel. Nesse contrato serão disciplinados o preço, o objeto e, entre outros aspectos, fundamentalmente, a data de entrega do imóvel.

Junto ao agente financeiro mutuante, por outro lado, o consumidor obtém o numerário suficiente para aquisição do imóvel; isso quando, obviamente, não dispõe de recursos suficientes para a aquisição. Essa operação realiza-se, geralmente, da seguinte forma: até a entrega do imóvel pela construtora, o mutuário paga um determinado valor, chamado "juros de obra". Após a entrega efetiva da unidade, consubstanciada no habite-se expedido pelo órgão municipal, inicia-se a fase efetiva de amortização do saldo devedor, constituída de prestação e juros. O valor adimplido pelo mutuário a título de "juros de obra" é proporcional ao valor que a construtora evolui na obra. É muito comum, aliás, que a própria construtora também financie a construção do empreendimento, pois não dispõe de capital suficien-

te para, por conta e risco, edificar o imóvel. Assim, à medida que ela conclui etapa ou percentual da obra, o agente financeiro libera-lhe recurso proporcional ao que fora executado, cobrando do consumidor, por outro lado, um valor proporcional ao que repassou à construtora. Esse valor são, justamente, os chamados “juros de obra”, cuja cobrança mantém-se até a entrega efetiva da unidade, com o habite-se, fato então que constituirá a garantia real do credor mutuante para implementar, então, a nova fase do financiamento, constituída de prestação e juros.

Nesse cenário, a cobrança de “juros de obra” durante a execução do empreendimento serve justamente para evitar que o saldo devedor do mutuário eleve-se sobremaneira enquanto a construtora edifica a obra, impedindo-se, ademais, que, em caso de atraso, esse saldo torne-se impagável. Esse valor não amortiza saldo devedor junto ao mutuante, apenas impede a sua elevação, pois corresponde a um pagamento exatamente proporcional ao que o credor liberou à construtora pela evolução da obra. Concluído o empreendimento, inicia-se, como dito, a efetiva fase de amortização do saldo devedor, do pagamento das prestações.

O problema surge, nesse cenário, contudo, quando a construtora atrasa a data de conclusão e entrega da obra. Por exemplo, prometida a entrega do imóvel para 24 meses, isso ocorre somente com 30 meses. Ou seja, durante seis meses os consumidores mutuários adimpliram valores, a título de “juros de obra”, que não amortizaram seu saldo devedor junto ao credor, apenas impediram sua evolução, correspondendo a um valor proporcional ao que a construtora recebeu pelas fases de construção efetivamente realizadas.

A questão se coloca, assim, sob a seguinte ótica: tivesse a construtora cumprido o cronograma físico da obra, iniciar-se-ia, na data prevista no contrato, a fase de amortização da dívida, não ficando prejudicado o consumidor por dispender recursos durante 6 (seis) meses que não serviram para reduzir a sua dívida junto ao mutuante, apenas impediram a sua evolução. No mesmo exemplo, a fim de melhor ilustrar o problema proposto: e se o atraso na obra fosse por mais 24 meses? O mutuário teria que manter o pagamento de juros de obra durante mais 24 meses? Mesmo com as consequências financeiras supradelineadas? A resposta é sim. Mas pergunta-se: é justa a imposição ao consumidor, exclusivamente, da obrigação de pagar pelo atraso? A nosso sentir, não, pois impõe ao vulnerável, no caso o consumidor, um ônus excessivo, por ato que não é de sua responsabilidade.

Com efeito, o STJ já sedimentou jurisprudência no sentido da legalidade da cobrança de “juros de obra” durante a fase de construção do empreendimento.²³ Contudo, após a data contratual prevista para a entrega do imóvel, sua manutenção mostra-se abusiva e, nesse contexto, deve ser coibida.

A solução que se sugere, portanto, é que os valores eventualmente pagos após a data prevista para entrega do imóvel, e até a entrega efetiva da unidade (com habite-se), sejam revertidos em favor do mutuário, pois indevidos. Para efetivação dessa medida, duas alternativas impõem-se: ou a restituição integral do numerário pela construtora ao consumidor, ou a amortização, pela construtora, no saldo devedor do financiamento firmado pelo consumidor junto ao credor mutuante, ao se iniciar (com o habite-se) a fase de amortização efetiva da dívida.

A teoria da coligação de contratos aqui descrita, com suas consequências jurídicas e sistematização, a nosso sentir, permite a escolha desta última alternativa, pois, ao mesmo tempo em que mantém hígida a operação econômica supracontratual, não desnatura os contratos individuais e impõe à construtora o dever de satisfazer obrigação imposta em contrato no qual não é parte, o que se admite, como visto, ante a relatividade dos efeitos do contrato individual submetido à coligação de vínculos. Verifica-se que a cláusula contratual objeto de exame está posicionada no contrato individual firmado entre consumidor e credor mutuante. Contudo, sua execução e adimplemento são transferidos, ao fim e ao cabo, à construtora, terceira alheia a esse instrumento formal, o que se dá por estar ela inserida no contexto global de coligação de contratos e por ser inadimplente na sua obrigação firmada, também individualmente, perante o consumidor adquirente.

A coligação de contratos permite uma análise harmônica e sistemática entre os contratos firmados pelo consumidor para realização do “sonho da casa própria”, de modo a coibir eventual ilegalidade aferida em um dos contratos individuais, transferindo ao construtor responsável pelo atraso da obra o dever de restituir os valores pagos pelo consumidor após a data prevista para entrega do imóvel. Essa é a solução que, à luz da coligação de contratos, mantém hígida a operação supracontratual e os vínculos individuais, bem como satisfaz o direito das partes e protege o consumidor vulnerável em um cenário de inexorável desigualdade material de partes.

²³ EREsp. 670117/PB.

Conclusão

Como visto, a coligação contratual é fenômeno que não desconsidera os contratos individuais que lhe formam e dão substrato. A causa e a estrutura individual de cada vínculo mantêm sua autonomia. Porém, a causa individual passa a ser funcional em relação à operação econômica finalística supracontratual, que irá, assim, orientar e determinar o exame de validade de todos os contratos coligados.

Algumas consequências jurídicas são perceptíveis nesse contexto. A interpretação impõe um exame conjunto das cláusulas de todos os contratos, bem como das próprias causas, que, a despeito de sua autonomia, como dito, funcionalizam-se ao fim da operação econômica coligada. O processo de qualificação e derrogação de determinado contrato típico é um fenômeno que, igualmente, é verificado no exame da coligação, na medida em que a finalidade negocial irá impor o fim contratual a ser perseguido e, nesse contexto, a necessidade de que determinado tipo contratual individual ceda (em nome e em favor da efetividade da coligação) determinado aspecto particular, que lhe diz respeito apenas individualmente. Ainda, o exame da contaminação dos vícios de determinado contrato individual em relação aos demais contratos e à própria coligação não pode ser desprezado, tendo em vista a relevância dos efeitos daí decorrentes.

Em se tratando de aquisição de imóvel residencial urbano na planta – imóvel novo –, na qual o consumidor adquire a unidade junto à construtora incorporadora e financia a compra junto à instituição financeira, afere-se estar diante de clara coligação de contratos, porquanto cada negócio tem sua estrutura e causa própria mas ambos vinculam-se em torno de uma operação econômica supracontratual, que é justamente a aquisição de imóvel residencial urbano, voltada, ao fim e ao cabo, à efetivação do próprio direito constitucional de moradia, previsto no art. 6 da Constituição Federal. Nessa operação, ademais, há presente a figura do consumidor vulnerável, que justamente por tal condição deve ser protegido e ter os seus direitos salvaguardados no processo interpretativo das cláusulas contratuais. A interpretação, nesse cenário, servirá ao fim de equilibrar os desiguais.

Nesse processo interpretativo, portanto, examina-se a cláusula que determina a manutenção do pagamento dos “juros de obra” pelo consumidor mesmo após a data prevista, no contrato, para entrega do imóvel pela construtora. A cobrança na fase de construção do empreendimento é válida. Passa a não ser, contudo, após expirado o prazo ajustado entre as partes para rece-

bimento da unidade, quando então o consumidor deve ser ressarcido pelos valores pagos então.

É por exame da coligação de contratos que irá, como alternativa ao problema posto, impor-se à construtora – responsável pelo atraso – o dever de adimplir o valor ora referido, o qual será quitado diretamente no contrato firmado pelo consumidor junto à instituição financeira, justamente para amortizar o saldo devedor do mutuário frente ao mutuante. Essa é a solução que melhor se adapta ao sistema da coligação ora proposto, seja por proteger o consumidor, seja por imputar à construtora responsável pelo atraso a responsabilidade efetiva pelo pagamento, seja por ressarcir o mutuante pelos valores já adiantados, seja, ao fim e ao cabo, por manter hígida a própria operação econômica supracontratual, que, como já referido alhures, serve para coordenar e orientar os vínculos individuais, sem retirar-lhes a autonomia causal e estrutural.

Referências

- ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Os contratos atípicos como autonomia privada na esfera negocial. In: **Estudos de Direito Empresarial** – homenagem aos 50 anos de docência do prof. Peter Walter Ashton. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 267-287.
- ANDRADE, Mario de La Madrid. **Contratos atípicos y conexidade contratual**. Mexico, DF: Porrúa, 2016.
- BACACHE-GIBEILI, Mireille. **La relativité des conventions et les groupes de contrats**. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1996.
- BETTI, Emilio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico**. São Paulo: Servanda, 2008.
- BULGARELLI, Waldirio. **Contratos Mercantis**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- DIEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos del derecho civil patrimonial**, vol. I. Madrid: Civitas, 1993.
- FERNANDES, Marcelo Cama Proença. **Contratos** - Eficácia e Relatividade nas Coligações Contratuais. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- ITURRASPE, Jorge Mosset. La conexidad entre contratos - temas precursores que prepararon el camino a la conexidad. **Revista de Derecho Privado y Comunitario**, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2007. p. 7-20.
- KATAOKA, Eduardo Takemi Dutra dos Santos. **A Coligação Contratual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: RT, 2003.

- LERNER, Giorgio. **Profili del collegamento negoziale**. Milano: Giuffrè, 1999.
- LÓPEZ-FRÍAS, Ana. **Los Contratos Conexos**. Barcelona: Bosch, 1994.
- LORENZETTI, Ricardo. **Tratado de los contratos**. Buenos Aires: Rubinzal Culzones, 2010.
- MACNEIL, Ian. **O Novo Contrato Social**. São Paulo: Elsevier, 2009.
- MACNEIL, Ian. The many futures of contracts. **Califórnia Law Review**, Los Angeles, v. 47, 1974.
- MARINO. Francisco Paulo de Crescenzo. **Contratos Coligados no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: RT, 1999.
- MESSINEO, Francesco. **Il contratto in genere**. Milano: Giuffrè, 1973. t. I.
- NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.
- ROSITO, Francisco. Os Contratos conexos e sua interpretação. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 866, p. 24-37, dez. 2007.
- SCHIZZEROTO, Giovanni. **Il collegamento negoziale**. Napole: Jovene, 1993.
- SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Renovar: Rio de Janeiro, 2002.
- SILVA, Luis Renato Ferreira da. **Reciprocidade e Contrato**. A teoria da Causa e sua aplicação nos contratos e nas relações para-contratuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- TEYSSIE, Bernard. **Les groupes de contrats**. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1975.
- VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. Coimbra: Almedina, 1999. v. 1.

A responsabilidade pelas dívidas do imóvel urbano vinculado ao Programa Minha Casa Minha Vida – faixa I retomado ao FAR e direcionado ao novo beneficiário

Marcelo Machado Carvalho

*Advogado da CAIXA em São Paulo
Especialista em Direito Constitucional pela
Universidade Presbiteriana Mackenzie
Mestrando em Direitos Sociais, Difusos e Coletivos
pelo Centro Universitário Salesiano – UNISAL –
Campus Lorena*

RESUMO

O Programa Minha Casa Minha Vida faixa I foi criado para garantir às famílias de baixa renda o acesso à moradia. A escolha dos beneficiários é feita pelo Ente Federativo que promove o empreendimento inscrito no Serviço de Registro de Imóveis tendo como titular do seu domínio a Caixa Econômica Federal pelo Programa de Arrendamento Residencial. A transferência do domínio ao beneficiário é feita a título resolúvel com o Caixa, por meio de alienação fiduciária. Caso o beneficiário não cumpra com a prestação assumida na obrigação, poderá perder a posse do imóvel e este ser reintegrado e direcionado a outro beneficiário. Contudo, quando da retomada do imóvel, este poderá vir acompanhado de débitos de natureza *propter rem*, que poderão ser cobrados do titular do domínio. A esse respeito, o presente artigo tenta de forma fundamentada em referencial doutrinário e jurisprudencial demonstrar a titularidade desses débitos.

Palavras-chave: Habitação. Programa Minha Casa Minha Vida. Responsabilidade por débitos. Reintegração de posse.

ABSTRACT

The Minha Casa Minha Vida Program range I was created to guarantee low income families access to housing. The beneficiaries are chosen by the Federative Entity that promotes the enterprise and is registered with the Real Estate Registry Service, with the Caixa Econômica Federal as the holder of its

domain by the Fundo de Arrendamento Residencial. The transfer of the domain to the beneficiary is made in a resolvable manner with Caixa, by means of fiduciary alienation. If the beneficiary does not comply with the obligation assumed in the obligation, it may lose ownership of the property and it will be reinstated, which will be directed to another beneficiary. However, upon resumption of the property, it may be accompanied by debts of a proper nature, which may be charged to the domain holder. In this regard, this article attempts in a manner based on doctrinal reference and jurisprudence to demonstrate ownership of these debts.

Keywords: Housing. Minha Casa Minha Vida Program. Liability for debts. Reintegration of possession.

Introdução

O Programa Minha Casa Minha Vida (MCMV) faixa I foi criado pela lei federal nº 11.977/07 e suas alterações, que tem por finalidade criar mecanismos de incentivo à produção e aquisição de moradias em empreendimentos residenciais urbanos para famílias com renda mensal de até três salários mínimos, por meio do Programa Nacional de Habitação Urbana (PNHU), com recursos financeiros do Fundo de Arrendamento Residencial (FAR), criado pela lei federal nº 10.188/01, sendo essas famílias escolhidas pelo Ente Público responsável.

Pelas regras do programa, os imóveis são edificados em regime de condomínio, na forma da lei federal nº 4.591/64, tendo sua instituição e convenção condominial registradas no Serviço de Registro de Imóveis, passando a titularidade do domínio à Caixa Econômica Federal até que seja efetivamente entregue ao beneficiário. Depois da escolha do beneficiário pela administração do Município onde se localiza o empreendimento, o domínio da unidade residencial é transferido por alienação fiduciária, nos termos da lei federal nº 9.514/97, ao beneficiário, que tem como obrigação contratual o pagamento das prestações do financiamento, tributos e despesas condominiais.

Por se tratar de um programa social voltado ao direito de moradia, caso o beneficiário deixe de pagar as prestações, poderá perder o imóvel, com possível reintegração de posse caso não o entregue voluntariamente, para que seja direcionado a um novo beneficiário, cumprindo-se, assim, o escopo do programa, que é garantir acesso à moradia às famílias de baixa renda.

Por sua vez, é possível que quando da retomada do imóvel este possua débitos, em especial, tributários e condominiais, que

por sua natureza *propter rem* poderão ser exigidos de quem for o titular do domínio.

Com relação ao débito tributário representado pelo Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), entende-se pela aplicação da imunidade tributária recíproca prevista na alínea "a", do inciso VI, do artigo 150, da Constituição da República de 1988, uma vez que tais imóveis não se confundem com patrimônio da Caixa Econômica Federal em razão do FAR.

Esse tema está sendo analisado pelo Supremo Tribunal Federal, o qual já reconheceu a repercussão geral no RE nº 928.902/SP, estando, assim, suspensas todas as execuções fiscais que exigiam o pagamento desse tributo.

De outra sorte, quanto o débito condominial, tem-se que o §8º do artigo 27 da lei da alienação fiduciária traz uma causa de inexigibilidade desses débitos, salvo se o credor fiduciário já estiver imitado na posse do imóvel. Nesse sentido, surge o impasse de quem deve ser o responsável por tais débitos, se o beneficiário inadimplente ou a Caixa Econômica Federal pelo FAR.

Como conseqüente lógico, tais débitos não poderão ser exigidos do novo beneficiário, pois, caso assim o for, este será prejudicado por débito que não deu causa, além, é claro, de trazer evidente prejuízo ao programa social, que visa garantir acesso à moradia para famílias de baixa renda.

Esse é o ponto do estudo que trará o entendimento legal e doutrinário a respeito dos direitos e institutos a ele vinculados, bem como análise da jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais e Superior Tribunal de Justiça sobre o caso.

1 O Programa Minha Casa Minha Vida: a retomada do imóvel para direcionamento a outro beneficiário

O Programa Minha Casa Minha Vida, como é de conhecimento público e notório, tem por finalidade possibilitar à comunidade de baixa renda a aquisição da casa própria.

A esse respeito, tem-se que a densidade material da operação negocial de fundo, destinada ao fomento do direito social de moradia dos cidadãos integrantes do citado Programa Governamental, contempla os valores albergados na lei federal nº 11.977/09.

Os recursos para o fomento das diretrizes buscadas pelo programa originam-se do FAR, instituído pela lei federal nº 10.188/2001, com previsão legal no artigo 2º da citada lei, e operacionalizado pela Caixa Econômica Federal, cujo patrimônio não se confunde com o desta.

Para o estudo deste artigo será objeto apenas a faixa I do Programa Minha Casa Minha Vida, destinado a famílias de baixa renda, na forma do artigo 6º-A da lei federal nº 11.977/09.

A escolha dos beneficiários é realizada através de estudo socioeconômico pela Administração Pública do Município onde se localiza o empreendimento imobiliário, sendo transferido o imóvel ao beneficiário e instituída a alienação fiduciária nos termos do artigo 23 da lei federal nº 9.514/97 em favor da Caixa Econômica Federal por meio do FAR.

O estudo socioeconômico é regulamentado, atualmente, pela Portaria nº 99, de 30 de março de 2016, dos ministérios das Cidades, da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão, na qual se encontram previstos os requisitos para a escolha dos beneficiários.

Entre as obrigações do beneficiário, encontram-se o pagamento da dívida e, conseqüentemente, dos débitos vinculados ao imóvel, a saber, contribuição condominial, quando edificado em regime de condomínio, e tributos.

Caso o beneficiário não honre com suas obrigações legais e contratuais, o titular do domínio resolúvel do imóvel, visando retomar o imóvel e direcioná-lo a outro beneficiário, realizará, através do Serviço de Registro de Imóveis do local do imóvel, a notificação do devedor, nos termos do artigo 26, da lei federal nº 9.514/97, a fim de constituí-lo em mora para pronto pagamento ou, se mantida sua inadimplência, ser consolidada a propriedade.

Assim, por se tratar de um imóvel inserido em um empreendimento imobiliário de estrito interesse social, a lei federal nº 11.977/09, no §9º do seu artigo 6º-A, mitigando o procedimento de execução extrajudicial da lei federal nº 9.514/97, determina que, quando se tratar de imóvel vinculado ao Programa Minha Casa Minha Vida faixa I, depois da consolidação da propriedade, não será levado a leilão público e sim se deverá “promover sua reinclusão no respectivo programa habitacional, destinando-o à aquisição por beneficiário a ser indicado conforme as políticas habitacionais e regras que estiverem vigentes”.

Além da resolução contratual pela consolidação da propriedade, o contrato prevê uma cláusula resolutiva para o caso de descumprimento por outros motivos, destacando-se como exemplos o não ingresso no imóvel, cessão a terceiros, entre outros.

Mesmo se tratando de um imóvel inserido em programa social, a cláusula resolutiva tem seu fundamento de existência, validade e eficácia no inciso XXII do artigo 5º e no artigo 6º, ambos da Constituição da República, que tratam dos direitos

fundamentais à propriedade e moradia, e artigos 104 e 474 do Código Civil, no que concerne à obrigação assumida.

A resolução do contrato de mútuo habitacional nesses casos é medida de rigor, pois o programa foi criado para garantir o acesso à moradia a determinado beneficiário, logo, se descumprido o contrato com o não pagamento da prestação ou violação a outras cláusulas contratuais, o imóvel deve ser direcionado a outro beneficiário.

Caso o imóvel continue a ser ocupado pelo beneficiário desidioso, agora em esbulho possessório, caberá à caixa Econômica Federal ingressar com a ação de reintegração de posse para poder ter novamente a posse do imóvel e direcioná-lo ao novo beneficiário, seguindo, assim, o escopo do programa social.

Esse expediente processual está previsto no artigo 30 da lei da alienação fiduciária, assegurando ao credor fiduciário a concessão de medida liminar para desocupação no prazo de sessenta dias, desde que, como salientado anteriormente, esteja comprovada a consolidação da propriedade em seu nome.

2 Imunidade tributária para com o IPTU do FAR e a repercussão geral reconhecida no Recurso Extraordinário nº 928.902/SP

Tecidas as considerações preliminares sobre o programa, este artigo não poderia deixar de trazer considerações sobre a imunidade tributária recíproca do patrimônio e renda dos Entes públicos federados, em especial sobre o IPTU incidente nos imóveis edificadas com recursos do FAR.

As operações de crédito para a efetivação do Programa Minha Casa Minha Vida faixa I são contratadas no âmbito do PNHU com recursos advindos do FAR, instituído pela União nos termos da lei federal nº 10.188/01.

Como tais empreendimentos são realizados em conjunto com a Prefeitura do ente federativo onde serão implantados, vários Municípios editam leis de isenção tributária, em razão da relevância social do programa, para que não sejam os beneficiários cobrados do IPTU.

Todavia, não são todos os Municípios que concedem tal isenção e, diante da inadimplência, inscrevem o beneficiário e a Caixa Econômica Federal nos cadastros da dívida ativa tributária e, conseqüentemente, ajuízam ações de execuções fiscais visando à satisfação desse crédito.

Entretanto, como já salientado, o regime jurídico que afeta o aludido Fundo é o regime jurídico de direito público. Isso de-

corre da conclusão lógica de que ele não se confunde com o patrimônio da Caixa Econômica Federal no exercício de sua atividade no âmbito da iniciativa privada.

Dessarte, sendo pública a origem dos recursos financeiros para implantação do empreendimento imobiliário vinculado ao Programa Minha Casa Minha Vida faixa I, impõe-se conclusão lógica de que tais imóveis, enquanto não cumpridas todas as prestações da obrigação assumida pelo beneficiário, constituem um bem público.

Meirelles (1993, p. 428) esclarece que “O patrimônio público é formado por bens de toda natureza e espécie que tenha interesse para a Administração e para a comunidade administrada” e continua: “Bens públicos, em sentido amplo, são todas as coisas, corpóreas ou incorpóreas, imóveis, móveis e semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, às entidades estatais, autárquicas, fundacionais e paraestatais”.

Por essa razão, há o entendimento de que o IPTU não pode ser exigido da Caixa Econômica Federal, que apenas opera o Fundo, em razão da imunidade tributária recíproca entre os Entes da Federação, estabelecida na alínea “a” do inciso VI do artigo 150 da Constituição da República de 1988:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

[...]

VI - instituir impostos sobre:

a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros.

Discorrendo sobre o artigo acima, Machado (2004, p. 266) esclarece que “A imunidade impede que a lei defina como hipótese de incidência tributária aquilo que é imune. E limitação da competência tributária” e ressalta que “As entidades políticas integrantes da Federação não podem fazer incidir impostos umas sobre as outras”.

Costa e Alves (2005, p. 398) ensinam que a imunidade recíproca é uma forma de proteger o domínio público contra a cobrança de tributos por outro Ente Federativo.

Da mesma forma, Silva (2009, p. 719) ressalta que a imunidade recíproca configura privilégio constitucional vedando que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios instituíam impostos sobre o patrimônio, renda e serviços uns dos outros.

Como já salientado, sendo o FAR um fundo público em prol do interesse social do direito de moradia, é de se impor que a aplicação da imunidade recíproca seja medida de rigor.

Todavia, mesmo com o entendimento acima, vários Municípios ajuizaram e ainda ajuízam ações de execuções fiscais exigindo da Caixa Econômica Federal, operadora do Fundo, o pagamento pelos tributos não pagos pelos beneficiários.

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no recurso de Apelação Cível nº 0035286-20.2008.4.03.6182, de relatoria da Desembargadora Federal Alda Bastos, já se manifestou sobre o assunto reconhecendo que “[...] os imóveis destinados ao PAR constituem patrimônio da União, apenas destacado para afetação à finalidade pública preconizada pela citada Lei nº 10.188 / 01, sendo ilegítima a cobrança posta quanto ao IPTU, face à imunidade prevista no artigo 150, VI, a, da CF/88”.

O debate sobre a responsabilidade pelo pagamento do tributo, por sua vez, chegou à Suprema Corte, a qual no Recurso Extraordinário nº 928.902/SP, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, teve sua repercussão geral reconhecida quanto ao questionamento sobre a imunidade tributária recíproca em relação à incidência do IPTU em imóveis integrantes de empreendimentos imobiliários com recursos do FAR.

Com o reconhecimento da repercussão geral sobre a questão, a Suprema Corte, em decisão monocrática do Ministro relator, determinou a suspensão de todos os feitos que versem sobre o tema. Até a conclusão deste artigo, a decisão de suspensão se encontrava mantida.

Por sua vez, embora o aludido recurso extraordinário trate dos imóveis inseridos no Programa de Arrendamento Residencial (PAR), criado pela lei federal nº 10.188/01, tanto estes quanto aqueles integrantes do Programa Minha Casa Minha Vida faixa I, até a quitação pelo beneficiário, têm mesma origem, assim, é de se entender que a decisão também poderá ser estendida aos imóveis integrantes do Programa Minha Casa Minha Vida faixa I, que têm a mesma titularidade e origem de recursos financeiros.

3 Da natureza jurídica das obrigações condominiais e tributárias relativas ao imóvel objeto de alienação fiduciária

Antes de se discorrer sobre a natureza jurídica dos débitos condominiais e tributários sobre imóveis alienados fiduciariamente, é necessário tecer algumas considerações sobre o instituto da alienação fiduciária.

A alienação fiduciária de bens imóveis foi instituída no Brasil através da lei federal nº 9.514/97, na qual a propriedade do imóvel é transferida a título resolúvel ao credor fiduciário, man-

tendo este também a posse indireta, sendo, assim, cedida a posse direta ao devedor fiduciante.

Sobrevindo a quitação do contrato de financiamento, a propriedade do credor fiduciário resolve-se e, juntamente com a posse indireta, é transferida ao devedor fiduciante.

Por sua vez, caso haja inadimplência, poderá o credor fiduciário, por meio do Serviço de Registro de Imóveis onde se encontre matriculado o imóvel, notificar o devedor para constituí-lo em mora e, caso este não promova o pagamento do débito no prazo de 15 dias, a propriedade do imóvel será consolidada ao credor, que deverá levar a coisa a leilão público.

Com o valor obtido com a alienação pública do imóvel, serão pagos o saldo devedor do contrato, os seus encargos e as despesas de execução e tributo *inter vivos*. Caso haja saldo credor depois de deduzidas tais despesas, este valor deverá ser entregue ao devedor fiduciante juntamente com a prestação de contas de todo o procedimento.

Entretanto, com base no objeto deste artigo, no caso de imóvel vinculado ao Programa Minha Casa Minha faixa I, por uma ressalva do §9º do artigo 6º-A da lei federal nº 11.977/09, não haverá a venda pública, devendo o imóvel ser direcionado a outro beneficiário.

Os empreendimentos imobiliários vinculados ao Programa Minha Casa Minha faixa I são implantados em regime de incorporação imobiliária nos termos da lei federal nº 4.581/64, ou seja, são condomínios.

Por se tratar de imóveis em condomínios, os beneficiários devem obediência às regras previstas na convenção condominial e atas das assembleias gerais, em que são analisadas as necessidades e tomadas as decisões sobre a conservação e manutenção das áreas comuns.

Trazendo regras gerais aos condomínios, o Código Civil de 2002 dispõe, no inciso I do seu artigo 1.336, os deveres do condômino, dentre os quais, neste trabalho, se destaca o de “contribuir para as despesas do condomínio na proporção das suas frações ideais, salvo disposição em contrário na convenção; (Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004)”.

Nesse sentido, a contribuição condominial estabelecida pela assembleia geral de condôminos, designada e deliberada nos termos da convenção do condomínio, vincula o proprietário do imóvel ao seu pagamento.

Ainda, tal vinculação também é oponível ao compromissário comprador, ante a expressa disposição do §2º do artigo 1.334 do Código Civil: “São equiparados aos proprietários, para os fins deste

artigo, salvo disposição em contrário, os promitentes compradores e os cessionários de direitos relativos às unidades autônomas”.

A esse respeito, doutrina clássica a classifica como obrigações reais.

Rodrigues (2006, p. 79) ensina que, por se tratar de uma obrigação real, denominada obrigação *propter rem*, tem como seu responsável o proprietário da coisa, mesmo que não tenha derivado de sua manifestação vontade tácita ou expressa.

O mesmo autor registra que tais obrigações constituem exceções à regra geral das obrigações, pois transmitem-se ao sucessor da coisa, e, a exemplo de obrigação *propter rem*, traz a contribuição condominial, objeto deste capítulo.

O mesmo entendimento e exemplo são citados por Venosa (2006, p. 39-40) e Farias e Rosenvald (2012, p. 54-55).

No caso do IPTU, sem maiores considerações, a sua natureza *propter rem* vem do conceito legal previsto no artigo 32 do Código Tributário Nacional:

Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.

Já a sua sub-rogação ao adquirente e conseqüente transmissão de responsabilidade estão previstas no artigo 130 e inciso I do artigo 131, ambos do mesmo Código:

Art. 130. Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, subrogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação.

[...]

Art. 131. São pessoalmente responsáveis:

I - o adquirente ou remetente, pelos tributos relativos aos bens adquiridos ou remidos; (Redação dada pelo Decreto Lei nº 28, de 1966).

Aqui cabe uma ressalva quanto à desnecessidade da presença dos elementos básicos das obrigações comuns para as obrigações *propter rem*, a saber.

A doutrina atual, inspirada no Direito alemão, entende que prevalece no direito obrigacional a teoria dualista pela qual as

obrigações são formadas por dois elementos básicos: o débito (*Schuld*) e a responsabilidade (*Haftung*). Nas palavras de Tartuce (2011, p. 271):

Inicialmente, o *Schuld* é o dever legal de cumprir com a obrigação, o dever existente por parte do devedor. Havendo o adimplemento da obrigação, surgirá apenas esse conceito. Mas, por outro lado, se a obrigação não é cumprida, surgirá a responsabilidade, o *Haftung*.

Em síntese, caso a prestação não seja cumprida, o débito poderá ser exigido do devedor se presentes os elementos acima.

Todavia, como tratado neste artigo, para as obrigações *propter rem*, na qual se inserem a contribuição condominial e o IPTU, isso não ocorre. Como ressaltam Farias e Rosenvald (2012, p. 56), "em linguagem obrigacional, há o *haftung*, mas não o *schuld*".

Para exemplificar tal fato, vislumbra-se o caso da alienação de um imóvel em regime de condomínio, sem o devido registro no órgão competente, em que o comprador não paga os débitos condominiais e de IPTU, caso em que o vendedor pode ser demandado ao pagamento, pois a obrigação vincula o titular do domínio que consta na matrícula do imóvel no Serviço de Registro de Imóveis e nos cadastros do Setor de Tributação Municipal.

Isso significa, em síntese, que o proprietário tem a responsabilidade pelo pagamento, embora não tenha causado o débito.

4 Da responsabilidade pelas dívidas condominiais e tributárias de imóvel retomado ao FAR

Conquanto a titularidade do domínio resolúvel do imóvel inserido no Programa Minha Casa Minha Vida faixa I, até que sobrevenha a quitação dos pagamentos das prestações pelo beneficiário, seja da Caixa Econômica Federal por meio do FAR, esta, por expressa vedação legal, não tem responsabilidade pelo pagamento das contribuições condominiais não pagas pelo beneficiário durante a vigência do contrato.

Para tais fatos, o §8º do artigo 27 da lei federal n.º 9.514/97 é claro em dispor que não compete ao credor fiduciário o pagamento das despesas do imóvel:

§ 8º Responde o fiduciante pelo pagamento dos impostos, taxas, contribuições condominiais e quaisquer outros encargos que recaiam ou venham a recair so-

bre o imóvel, cuja posse tenha sido transferida para o fiduciário, nos termos deste artigo, até a data em que o fiduciário vier a ser imitado na posse. (Incluído pela Lei nº 10.931, de 2004).

O mesmo regramento está disposto no parágrafo único do artigo 1.368-B do Código Civil, com a alteração pela lei federal nº 13.043/14.

Esses dispositivos de lei trazem uma causa de inexigibilidade de débito para o credor fiduciário durante a vigência do contrato de financiamento imobiliário.

Com efeito, neste momento, é mister tecer algumas considerações sobre o termo “imitado na posse” presente nos artigos de lei acima, em especial sobre as ações de cunho petitório e possessório, vejamos.

A doutrina, por Farias e Rosendal (2012, p. 207), esclarece que a ação de reintegração de posse: “É o remédio processual adequado à restituição da posse àquele que a tenha perdido em razão de um esbulho, sendo privado do poder físico sobre a coisa”.

Já sobre a ação imissão de posse o mesmo autor elucida que se trata de ação de cunho petitório e que deve ser adotada por quem adquire a propriedade da coisa, mas não pode se investir na posse pela primeira vez, em razão da resistência do ocupante.

Em síntese, a primeira é utilizada para reaver a posse perdida, ao passo que a segunda é cabível quando o proprietário nunca teve a posse do bem, necessitando dela para poder ter contato com a coisa.

Assim, tecnicamente a expressão imitar na posse é cabível quando o titular do domínio do imóvel ou seu adquirente nunca teve a posse direta do bem, ou seja, será a primeira vez que terá a posse direta.

Contudo, no caso em estudo, verifica-se que a posse direta e indireta do imóvel antes da instituição da alienação fiduciária pertencia ao titular do domínio, ou seja, à Caixa Econômica Federal, pelo FAR, sendo esta apenas cindida até a resolução da propriedade, razão pela qual, em caso de esbulho, será ajuizada a ação de reintegração na posse e não a imissão de posse como fazem crer os dispositivos de lei antes transcritos.

A distinção entre os institutos da imissão de posse e reintegração na posse é relevante para o presente estudo, ao passo que, se se aplicar o entendimento de que somente depois de ser imitado na posse o credor fiduciário será responsável e apenas para os débitos vincendos, é possível que, em caso de ocupação

irregular, este não se preocupe ou nunca promova a ação de imissão de posse – ação tecnicamente inadequada – fazendo com que a condição imposta na lei não se implemente e, com isso, os débitos com o condomínio persistirão, causando prejuízos ao bem comum.

De outro lado e por certo tempo, os Serviços de Registro de Imóveis exigiam para o registro de escrituras públicas, instrumentos particulares de compromisso de venda e compra e instrumentos particulares com força de escritura pública, que é o caso dos contratos do Programa Minha Casa Minha, de imóveis em regime de condomínio, a declaração de quitação de débito condominial e certidão negativa de débitos tributários, o que impediria a transmissão da dívida ao novo beneficiário.

A exigência era razoável, pois escorada no parágrafo único do artigo 4º da lei federal nº 4.591/64, que previa a necessidade da quitação das obrigações do alienante com o respectivo condomínio para a alienação do imóvel.

Contudo, tem-se entendido que o citado parágrafo único foi revogado tacitamente pelo artigo 1.345 do Código Civil, pois este último prevê expressamente que o adquirente responda pelas dívidas do alienante com relação ao condomínio.

Esse foi o entendimento da Corregedoria de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no recurso de apelação cível nº 0028707-86.2011.8.26.0100, contra sentença em dúvida inversa, de relatoria do Corregedor-Geral à época, Desembargador José Renato Nalili, com o seguinte argumento:

[...] Por isso, revogada a regra do parágrafo único do artigo 4º da Lei nº 4.591/1964, a prévia comprovação de quitação dos débitos condominiais não é mais condição para transferência de direitos relativos à unidade condominial.

Atualmente, a exigência não é ou não deve ser feita pelos Serviços de Registro de Imóveis, o que pode acarretar cobrança de débito anterior à aquisição pelo novo adquirente.

Assim, para evitar que essa dívida seja atribuída ao novo beneficiário, passa-se a apresentar três possíveis interpretações aos textos de lei que tratam da vedação à transmissão da dívida, a saber.

A primeira, uma interpretação literal dos dispositivos, ou seja, o Fundo somente responde pelos débitos depois de imitado na posse do imóvel.

Por essa interpretação, pode-se concluir que somente depois de imitado na posse direta do imóvel o credor fiduciário

será responsável pelos débitos condominiais vencidos e seus respectivos tributos, já que os vencidos devem ser cobrados apenas do beneficiário devedor.

Ressalva-se, contudo, quanto a tributos, a pendência do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da questão sobre a imunidade recíproca.

Assim, até que sobrevenha a imissão na posse pelo credor fiduciário, os débitos devem ser exigidos integralmente do beneficiário.

Por outro lado, é possível uma segunda interpretação, qual seja: uma interpretação extensiva – quando a lei diz menos do que deveria – em caso de haver débito pelo beneficiário e a propriedade for consolidação, mas ainda não ter havido a retomada da posse.

Esse entendimento parte da premissa de que sendo o débito condominial e os tributos obrigações *propter rem*, estes (vencidos e vincendos) podem ser exigidos do titular do domínio no Serviço de Registro de Imóveis, no caso, a Caixa Econômica Federal, depois de averbada a consolidação da propriedade na matrícula do imóvel.

Nessa interpretação, a Caixa Econômica Federal pelo Fundo será responsável por todos os débitos e não somente a partir da averbação da consolidação na matrícula do imóvel e da imissão na posse.

Em síntese, todos os débitos poderão ser cobrados a partir da averbação da consolidação da propriedade.

Por sua vez, resta evidente que a causa de inexigibilidade de débito contida nos dispositivos legais supracitados é aplicável enquanto não houver a consolidação da propriedade. Contudo, como já salientado, depois de consolidada a propriedade, a Caixa Econômica Federal será o responsável por todos os débitos que deverão ser pagos com recursos do Fundo, uma vez que tais patrimônios não se confundem.

Esse foi o entendimento do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no julgamento do recurso de Apelação Cível nº 0020472-89.2007.403.6100, de relatoria do Desembargador Federal Nelton dos Santos, do qual se destaca o seguinte trecho da sua ementa: “Assim, o credor fiduciário em favor de quem se consolidou o domínio do bem responde, perante o condomínio, pelas obrigações decorrentes da convenção e da lei”, ressaltando o direito de regresso contra o possuidor, ou seja, o devedor fiduciante.

Por outro lado, apresenta-se uma terceira interpretação, pelo método teleológico, aos dispositivos de lei buscando o escopo

da sua instituição, que é preservar o Fundo contra débitos dos beneficiários e também preservar a entidade condominial, ou seja, poderá ser responsável a partir do momento em que tiver a propriedade do imóvel consolidada em seu nome, mas somente será responsável pelos débitos vincendos, restando os débitos vencidos de responsabilidade do beneficiário.

Essa interpretação amolda-se ao que foi decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.345.331/RS, sob o rito dos recursos repetitivos, de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, em que se estabeleceu três teses, a saber:

a) O que define a responsabilidade pelo pagamento das obrigações condominiais não é o registro do compromisso de compra e venda, mas a relação jurídica material com o imóvel, representada pela imissão na posse pelo promissário comprador e pela ciência inequívoca do condomínio acerca da transação. b) Havendo compromisso de compra e venda não levado a registro, a responsabilidade pelas despesas de condomínio pode recair tanto sobre o promitente vendedor quanto sobre o promissário comprador, dependendo das circunstâncias de cada caso concreto. c) Se ficar comprovado: (i) que o promissário comprador se imitira na posse; e (ii) o condomínio teve ciência inequívoca da transação, afasta-se a legitimidade passiva do promitente vendedor para responder por despesas condominiais relativas a período em que a posse foi exercida pelo promissário comprador.

Do recurso em comento, embora não trate especificamente do Programa Minha Casa Minha Vida, mas sim dos casos de compromisso de venda e compra sem registro no Serviço de Registro de Imóveis, é possível verificar que a Corte Superior interpretou a previsão do §2º do artigo 1.334 do Código Civil, anteriormente transcrito, apontando como devedor aquele que demonstrar ser o possuidor de fato do imóvel pelo período exigido através de compromisso de compra e venda ou cessão, independente do registro do contrato.

Esse foi o entendimento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, no Recurso de Apelação Cível nº 0005497-44.2016.401.3500, de relatoria do Desembargador Federal Névitto Guedes, escorando a decisão nas teses estabelecidas pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial acima citado.

Quanto ao IPTU, também já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do REsp nº 203.098/SP, de relatoria do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, ainda sob a vigência do Código Civil de 1916. Entendeu que o possuidor,

no caso daqueles autos, o usufrutuário que teve proveito com o imóvel, é o responsável tributário para o pagamento de IPTU.

Com efeito, Chalhub (2012, p. 63) ressalta o mesmo entendimento ao atribuir a responsabilidade pelo pagamento de IPTU ao detentor da posse direta sobre o imóvel, que, no caso deste artigo, configura-se na pessoa do devedor fiduciante, ou seja, o anterior beneficiário, embasando seu entendimento no fato de que a propriedade fiduciária não constitui fato gerador do tributo.

Essa interpretação escora-se no entendimento de que aquele que se beneficia com a coisa é quem deve arcar com tais débitos, sob pena de enriquecimento sem causa.

Aplicando os entendimentos do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, os quais apontam para a causa legal de inexigibilidade de débito, é possível verificar que, quando ocorrer a consolidação da propriedade do imóvel em favor do credor fiduciário e houver débitos de contribuição condominial e tributário anteriores a ela, tais débitos deverão ser cobrados do beneficiário (devedor fiduciante) até o momento em que for averbada na matrícula do imóvel a consolidação da propriedade, não cabendo ao credor responder por eles.

Já os débitos posteriores à averbação da consolidação da propriedade são de responsabilidade do credor fiduciário até a imissão na posse do novo beneficiário, passando este, agora, a responder por tais débitos.

Conclusão

O Programa Minha Casa Minha Vida faixa I foi criado para aqueles que, por não terem uma renda mensal considerável, não possuem condições financeiras para adquirir a casa própria, mesmo através de financiamento bancário.

Trata-se de um programa social voltado ao direito fundamental de moradia, necessário à dignidade da pessoa humana.

Sem esgotar o tema, este estudo se atentou para o imóvel retomado e direcionado a um novo beneficiário, seus débitos e de quem se pode exigí-los.

O estudo tratou, em especial, do IPTU e da contribuição condominial, quando o imóvel está inserido em um condomínio.

Com efeito, sendo os recursos para a implantação do empreendimento imobiliário públicos, é consequência lógica que tais imóveis possuem natureza jurídica de bens públicos.

Claro que tal natureza jurídica, depois da quitação do contrato de financiamento imobiliário pelo beneficiário, é alterada

para o regime de direito privado, sendo seu proprietário responsável pelo imóvel e seus débitos.

Por sua vez, enquanto se tratar de bem público, não pode ser imputada ao credor fiduciário operador do Fundo a obrigação tributária relativa ao IPTU, em razão da imunidade recíproca prevista na Constituição da República de 1988.

Contudo, como salientado anteriormente, esse entendimento está sendo analisado pelo Supremo Tribunal Federal, estando as ações de execuções fiscais de cobranças de IPTU suspensas pelo reconhecimento da repercussão geral nos autos do Recurso Extraordinário nº 928.902/SP.

Sobre o tema, por se tratar de um imóvel retomado pelo operador do Fundo de Arrendamento Residencial, é possível que contenha débitos não pagos pelo beneficiário anterior e, em decorrência da natureza *propter rem* desses débitos, em tese, estes podem ser exigidos do novo beneficiário, uma vez que o estudo revelou que para com esses débitos são possíveis interpretações distintas da vedação legal de se cobrar o credor fiduciário em determinadas hipóteses.

A vedação legal em comento traz uma causa de inexigibilidade de débito do credor fiduciário que foi interpretada neste artigo de três diferentes maneiras, a saber: (i) enquanto não imitado na posse, o operador do Fundo não será responsável; (ii) independentemente da imissão na posse, desde a consolidação da propriedade em seu favor, o operador do Fundo é responsável por todo o débito; e (iii) a partir da consolidação da propriedade, o operador do Fundo é responsável pelos débitos vincendos e o beneficiário anterior (devedor fiduciante) é responsável pelos débitos vencidos.

Por sua vez, o entendimento que deve ser aplicado, até por uma questão de uniformização jurisprudencial no território nacional, é o proferido no REsp nº 1.345.331/RS, julgado sob o rito dos recursos repetitivos somado à causa legal de inexigibilidade de débito do §8º do artigo 27 da lei da alienação fiduciária, em que as contribuições condominiais devidas até o momento da imissão na posse pelo credor devem ser atribuídas ao devedor fiduciante, ao passo que o pagamento das demais compete ao credor fiduciário, no caso em comento, o FAR.

Por sua vez, em se tratando de um programa social, não seria razoável que a moradia concedida a um novo beneficiário possua débitos que este não deu causa, mesmo os de natureza *propter rem*. Isso traria um descrédito e, em determinados casos, como os de dívidas vultosas em razão do tempo, poderia inviabilizar os pagamentos das prestações do contrato de mú-

tuo habitacional com o pagamento das prestações, contribuições condominiais, impostos e, ainda, uma dívida anterior que sequer foi causada pelo beneficiário atual, mas que, em decorrência de sua natureza jurídica, será de responsabilidade dele.

Isso não pode ser esperado em um programa social que confere subsídios e isenções tributárias, principalmente um ligado ao direito fundamental de moradia.

Assim, a responsabilidade por débitos deve ser imputada ao anterior beneficiário e ao FAR, guardadas as devidas proporções, sendo o novo beneficiário parte ilegítima para figurar no polo passivo de ação exigindo tais pagamentos.

Conclui-se, portanto, que a responsabilidade por débitos anteriores à alienação do imóvel, por uma questão de justiça social, objetivo da República consagrado pelo inciso I do artigo 3º da Constituição, não pode e não deve ser transmitida ao novo beneficiário, devendo o imóvel ser entregue sem a existência de débitos.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: Promulgada aos 05 de outubro de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 de out. de 1988.

_____. Lei federal nº 4.581, de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 21 de dez. de 1964.

_____. Lei federal nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis a União, Estados e Municípios. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 de out. de 1966.

_____. Lei federal nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe so-

bre os registros públicos, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 de dez de 1973 e retificado em 30 de out. de 1975.

_____. Lei federal nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 21 de nov. de 1997.

_____. Lei federal nº 10.188, de 12 de fevereiro de 2001. Cria o Programa de Arrendamento Residencial, institui o arrendamento residencial com opção de compra e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 14 de fev. de 2001.

_____. Lei federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 de jan. de 2002.

_____. Lei federal n.º 11.977, de 07 de julho de 2009. Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis n.ºs 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória nº 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 08 de jul. de 2009.

_____. Ministérios das Cidades, da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Portaria interministerial nº 99**, de 30 de mar. de 2016. Disponível em: <http://www.lex.com.br/legis_27111900_PORTARIA_INTERMINISTERIAL_N_99_DE_30_DE_MARCO_DE_2016.aspx>. Acesso em: 25 fev. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 203.098** – SP (0009259-7). Recorrente: Célia Pinheiro Chaim e outro. Recorrido: Theodorico Bernal da Costa Pinheiro. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, 09 de dezembro de 1.999. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=199900092597&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 04 mar. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.345.331** – RS (2012/0199276-4). Recorrente: Rosmar Resende dos Santos e outro. Recorrido: Condomínio Edifício Dona Anita. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, 08 de abril de 2015. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1345331&repetitivos=REPETITIVOS&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR>. Acesso em: 04 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 928.902** – SP. Recorrente: Caixa Econômica Federal. Recorrido: Município de São Vicente. Relator: Ministro Teory Zavascki. Brasília, 31 de março de 2016. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28928902%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/zj3fzqq>>. Acesso em: 04 mar. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal (1ª Região). **Apelação cível nº 0005497-44.2016.4.01.3500**. Apelante: Condomínio Residencial Palace São Francisco. Apelado: Fundo de Arrendamento Residencial e outro. Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes. Porto Alegre, 05 de outubro de 2016. Disponível em: <http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=c6328af7665a59806514bceaef5bb129&trf1_captcha=sy35&enviar=Pesquisar&proc=00054974420164013500&secao=TRF1>. Acesso em: 04 mar. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal (3ª Região). **Apelação cível nº 0035286-20.2008.4.03.6182**. Ape-

- lante: Município de Poá. Apelada: Caixa Econômica Federal. Relator: Desembargadora Federal Alda Bastos. São Paulo, 29 de novembro de 2012. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/consultas/Internet/ConsultaProcessual/Processo?NumeroProcesso=00352862020084036182>>. Acesso em: 04 mar. 2017.
- _____. Tribunal Regional Federal (3ª Região). **Apelação Cível nº 0020472-89.2007.4.03.6100**. Apelante: Condomínio Residencial Morumbi. Apelada: Caixa Econômica Federal. Relator Desembargador Federal Nelton dos Santos. São Paulo, 05 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/consultas/Internet/ConsultaProcessual/Processo?NumeroProcesso=00204728920074036100>>. Acesso em: 04 mar. 2017.
- CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação Fiduciária, Incorporação Imobiliária e Mercado de Capitais**: Estudos e Pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- COSTA, Nelson Nery; ALVES, Geraldo Magela. **Constituição federal anotada e explicada**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: Direitos Reais. 8. ed. Bahia: JusPODIVM, 2012. v. 5.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- RODRIGUES, Silvío. **Direito Civil**: parte geral das obrigações. 30. ed. 7ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado. **Apelação cível nº 0028707-86.2011.8.26.0100**. Apelante: Primafer INC S/A. Apelado: 5º Oficial de Registro de Imóveis de São Paulo. Relator: José Rentao Nalili. São Paulo: 24 de maio de 2012. Disponível em: <<https://www.extrajudicial.tjssp.jus.br/pexPtl/visualizarDetalhesPublicacao.do?cdTipopublicacao=5&nuSeqpublicacao=3852>>. Acesso em: 04 mar. 2017.
- SILVA José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 6. ed. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2006.

Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade na aplicação das sanções administrativas do Código de Defesa do Consumidor

Alexandre Freire de Carvalho Gusmão

*Advogado da CAIXA na Bahia
Especialista em Direito do Estado pela Fundação
Faculdade de Direito da Universidade
Federal da Bahia*

RESUMO

O presente artigo visa analisar a aplicabilidade dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na aplicação, pelo gestor público, das sanções administrativas previstas no Código de Defesa do Consumidor. A discussão gira em torno da vinculação do agente público, em especial aquele lotado nos órgãos de defesa do consumidor, a preservar o bem comum, principalmente ao deparar-se com situação em que seja mais razoável a não aplicação da sanção administrativa, tendo em vista que o interesse público será ainda mais violado.

Palavras-chave: Código de Defesa do Consumidor. Sanções administrativas. Razoabilidade. Proporcionalidade.

ABSTRACT

This article aims at analyzing the applicability of the principles of reasonableness and proportionality in the application, for public managers, of the administrative sanctions provided for in the code of consumer protection. The discussion revolves around the public agent binding, in particular that crowded in the organs of consumer protection, to preserve the common good, especially when you encounter a situation where it is more reasonable to the non-application of administrative penalty in order that the public interest will be even more broken.

Keywords: The Consumer Defense Code. Administrative Sanctions. Reasonableness. Proportionality.

Introdução

Sabe-se que o Código de Defesa do Consumidor foi editado a fim de proteger os cidadãos titulares de relações jurídicas com fornecedores de serviços, os quais, por tradição, submetiam seus clientes aos mais diversos prejuízos.

Tais situações eram, e são, geradas principalmente em razão da hipossuficiência e inferioridade experimentadas pelos clientes/consumidores perante os fornecedores, normalmente grandes empresas com extremo poderio econômico. Essa hipossuficiência se caracteriza não apenas pela desproporção econômica entre os titulares das relações jurídicas, mas também em razão da falta de informação, omissão das autoridades fiscalizadoras do serviço prestado e fragilidade na defesa dos direitos dos hipossuficientes.

Assim, a fim de proteger esses hipossuficientes e seus direitos, foi editado o Código de Defesa do Consumidor. Nele, foi prevista uma gama de direitos e formas de defesa, seja judicial ou extrajudicialmente.

Essa defesa extrajudicial dos direitos é caracterizada pela atuação dos órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, os quais, após devido processo administrativo, podem aplicar as sanções administrativas previstas nos artigos 55 a 60 do Código.

O presente artigo busca analisar a correlação entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e o interesse público e do consumidor na aplicação das sanções administrativas previstas no Código de Defesa do Consumidor, em especial as sanções subjetivas, bem mais gravosas ao fornecedor de serviços.

Isso porque não basta ao operador da norma punir cegamente o fornecedor. Deverá, além disso, ponderar princípios e interesses, para, na aplicação da sanção, não prejudicar ainda mais o próprio consumidor, parte mais interessada na resolução do conflito.

1 Tutela administrativa no Código de Defesa do Consumidor

A defesa do consumidor tem fundamento constitucional. Foi com base no inciso XXXII do artigo 5º da Constituição da República que o CDC foi editado, a fim de se garantir verdadeiro princípio fundamental. Confirmando essa classificação, traz o artigo 170 a defesa do consumidor como princípio norteador da atividade econômica. Por fim, enraizando a defesa do consumidor como princípio fundamental, o Ato das Disposições Consti-

tucionais Transitórias determinou a edição do CDC em até 120 dias após a promulgação da Constituição (art. 48).

Assim foi que, buscando garantir a defesa do consumidor, o Código previu diversos direitos e prerrogativas, a exemplo da inversão do ônus da prova, o direito à informação, a proteção contra a publicidade enganosa, a possibilidade de cumulação de indenização por danos morais e patrimoniais etc. Dentre eles, no inciso VII do artigo 6º, o CDC trouxe a garantia do acesso aos órgãos judiciários e administrativos, assegurando inclusive a proteção jurídica, administrativa e técnica dos interessados. Na verdade, esse inciso não é uma inovação do Código: nada mais é que a garantia ao direito de petição, previsto constitucionalmente (inciso XXXIV do art. 5º), bem como do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Percebe-se então que a tutela administrativa foi tratada como verdadeiro direito dos consumidores, que poderão, antes de buscar a jurisdição, proceder com a tentativa de resolução do conflito pela via administrativa, com a ajuda dos órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC). Perceba-se aqui a facultatividade na escolha pelo consumidor, diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto constitucionalmente.

Engana-se, por outro lado, quem acredita estar-se tratando de direito de particulares. A defesa do consumidor é norma de ordem pública e interesse social, como afirma textualmente o artigo 1º do Código. Da mesma forma, se está diante de proteção de diversos direitos difusos, como prevê também o artigo 81. Assim, é obrigação do Estado realizar e garantir essa proteção. E, agindo dessa forma, o fará, obviamente, com o exercício da Supremacia da Administração.

Nos dizeres de Azevedo (2008, p. 38, grifos do autor)

o CDC, lei de ordem pública e interesse social (art. 1.º), reflete o que muitos juristas denominam paradigma pós-moderno do Direito, isto é, o paradigma de uma sociedade *hipercomplexa* em seus grupos de interesses econômicos, políticos, étnicos, morais etc. - o que se revela na multiplicidade de fontes normativas - que reclama a intervenção estatal, como questão de *ordem pública*, para a solução dos conflitos que envolvam, em especial, a proteção da *vida e da dignidade humanas*.

É justamente em razão da supremacia da Administração que os órgãos, na concretização da garantia dos direitos dos consumidores, aplicam as sanções administrativas em caso de transgressão das normas protetivas preestabelecidas.

Não obstante, o Decreto 2.181/1997, ao regulamentar o CDC, outorgou ao Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, na qualidade de ente coordenador do SNDC, diversas atribuições, tanto de caráter político-institucional quanto de caráter consultivo e fiscalizador.

Conseqüentemente, como se pode observar, por decorrerem da lei, as sanções administrativas previstas no CDC nada mais são que fruto do exercício do poder de polícia da Administração Pública, dentro da atribuição fiscalizadora dos seus órgãos de defesa do consumidor.

2 Poder de polícia

É inarredável que o poder de polícia da Administração Pública serve de fundamento para a existência dos artigos 55 a 60 do CDC. Trata-se de manifestação expressa do poder de império do Estado, que se formaliza tanto por meio de leis quanto por meio de atos administrativos (entre eles, as sanções administrativas), buscando, sempre, o interesse público em primeiro lugar.

Quando aqui se disse “interesse público”, obviamente não se está excluindo do seu dimensionamento os direitos dos consumidores. Como já se observou anteriormente, a defesa do consumidor é norma de ordem pública e interesse social.

O poder de polícia, aqui, é o que refere Mello (2008, p. 809) como sendo a “atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos”.

Ainda com o autor, a previsão das sanções administrativas no CDC é expressão da supremacia geral da Administração no seu sentido mais clássico, visando um *non facere*, uma abstenção dos fornecedores em violarem as normas protetivas dos consumidores. Ou seja, é a limitação do exercício dos direitos individuais dos fornecedores em benefício do interesse público, este último consubstanciado na defesa dos consumidores. Nesse diapasão, a definição de Medauar (1995, p. 90), segundo a qual o “poder de polícia é a atividade da Administração que impõe limites a direitos e liberdades”.

É cediço que o conceito normatizado do poder de polícia é previsto no artigo 78 do Código Tributário Nacional, o qual, pela pertinência, é aqui transcrito:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem,

aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. (Redação dada pelo Ato Complementar nº 31, de 1966)

Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.

Conforme lição de Di Pietro (2010), o poder de polícia é concretizado através de leis (atos normativos) ou atos administrativos e tem como limites de atuação a necessidade, a proporcionalidade e a eficácia. Além disso, possui como um de seus atributos a autoexecutoriedade.

Como se verá a seguir, é justamente utilizando-se da necessidade, proporcionalidade e eficácia que o administrador público deverá aplicar as sanções administrativas. Da mesma forma, inclusive, usando esses requisitos, poderá até mesmo deixar de aplicar determinadas sanções, na medida em que a proteção ao consumidor terá mais eficácia e será mais proporcional na abstenção do ato de sancionar. Isso porque, em que pese o poder de polícia ser dissociado da ideia de ato discricionário, certo é que ambos possuem um fim comum, qual seja, a persecução do interesse público.

Em arremate, comungamos do entendimento de Miragem (2003, p. 129), nos seguintes termos:

Daí porque o poder de polícia administrativo, no que toca à defesa do consumidor, responde pela presença da Administração em situações ou relações jurídicas que ordinariamente seriam de direito privado, mas que a intervenção do ente público transfere, obrigatoriamente, à égide do regime jurídico de direito público. Diz, como expressa Alessi, não com a limitação a um direito determinado, mas sim como elemento que auxilia no desenho do próprio perfil deste direito. Não há limitação a direito, mas sua conformação, de acordo com os limites que as normas constitucionais, legislativas, e as editadas pela própria Administração, conferem a um direito determinado.

Assim é que o exercício do poder de polícia pode tranquilamente sofrer certa discricionariedade por parte do operador da norma, em especial na defesa do consumidor, como defende o citado autor.

3 Sanções administrativas no Código de Defesa do Consumidor

Especificamente, as sanções administrativas são previstas no Capítulo VII do CDC, nos artigos 55 e seguintes. Nesses artigos, o legislador tratou tanto da competência dos entes públicos em legislar sobre a matéria como também das sanções em espécie e princípios aplicáveis.

Um ponto que chama a atenção é o fato da possibilidade de existência de várias normas disciplinando um mesmo objeto, emanadas por diversos entes públicos, além de diversos agentes julgando-se competentes para a fiscalização e a aplicação de sanções administrativas. Tal foi ocasionado em razão da previsão de competência concorrente para normatização relativa à produção, à industrialização, à distribuição e ao consumo de produtos e serviços.

Essa possibilidade traz o questionamento de existência de *bis in idem* quanto a eventual normatização e aplicação de sanção em duplicidade sobre o mesmo fato. Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.087.892-SP, decidiu no sentido de que a competência concorrente prevista no CDC visa tão somente assegurar a defesa do consumidor. Assim, não se poderia admitir que, por uma mesma infração, o fornecedor fosse punido por diversos órgãos e autoridades. Trata-se, inclusive, de aplicação clara do princípio da razoabilidade a impossibilidade de aplicação de sanções por todas as autoridades em razão de um mesmo fato.

Nunca é demais salientar que não há incompatibilidade entre as esferas administrativa, penal e civil, como já analisado à exaustão pela doutrina e jurisprudência pátrias. O próprio artigo 56 do CDC já previu essa possibilidade de cumulação de sanções. Isso porque um só ato pode se configurar tanto em infração administrativa como em crime, além de gerar danos civis aos consumidores.

Da mesma forma, o parágrafo único do artigo citado também prevê a possibilidade de cumulação de sanções. Ou seja, uma mesma autoridade poderá aplicar, por um mesmo ato, duas ou mais sanções previstas no CDC.

As sanções previstas no art. 56 são, geralmente, divididas em três espécies: sanções pecuniárias (multa), sanções objetivas (incisos II a VI) e sanções subjetivas (incisos VII a XII).

As sanções pecuniárias, como o próprio nome já faz crer, se consubstanciam na obrigação do fornecedor em recolher multa, cujo objetivo é a reparação do dano e o desestímulo para even-

tual reincidência. Os critérios para aplicação da sanção de multa estão previstos no artigo 57.

As sanções objetivas têm como principal escopo o próprio produto ou serviço objeto da relação jurídica e visam prevenir o consumidor de eventual risco. Ou seja, apreensão do produto, sua inutilização, cassação do registro, proibição de sua fabricação e suspensão de fornecimento objetivam a retirada do mercado, definitiva ou provisoriamente, de produtos e serviços que exponham o consumidor a qualquer risco, ocasionando com isso violação de direitos dos consumidores.

Já as sanções subjetivas não incidem sobre o produto/serviço, mas sim diretamente sobre a atividade do fornecedor, em caráter temporário ou permanente. Segundo Marques, Benjamin e Miragem (2010, p. 1.166), o fundamento de aplicação das sanções subjetivas vincula-se a duas funções principais: “a de afastar temporária ou definitivamente do mercado o fornecedor que mantém conduta ilícita em prejuízo do consumidor e a de caráter repressivo a esta atuação antijurídica”. Apenas quanto à contrapropaganda (inciso XII), os autores entendem haver outra fundamentação, qual seja a preservação do direito à informação.

São consideradas sanções subjetivas as seguintes: suspensão temporária da atividade (inc. VII); revogação da concessão ou permissão de uso (inc. VIII); cassação da licença do estabelecimento ou de atividade (inc. IX); interdição total ou parcial de estabelecimento, de obra ou de atividade (inc. X); intervenção administrativa (inc. XI); e imposição de contrapropaganda (inc. XII).

O art. 59 estabelece ainda dois requisitos cumulativos para a aplicação das sanções subjetivas: 1) a reincidência do fornecedor e 2) que a reincidência ocorra na prática de infrações de maior gravidade. Saliente-se, ainda, que o Decreto 2.181/1997 define a reincidência e estabelece prazo para a sua caracterização.

É claro que, como observado anteriormente, para aplicação das sanções é necessária a observância do devido processo legal (administrativo), do contraditório e da ampla defesa ao fornecedor, a fim de que sejam esclarecidas todas as circunstâncias do caso.

Isso não impede, por outro lado, que a Administração, preservando o interesse público e a defesa do consumidor, determine providências urgentes de caráter cautelar, como autoriza o parágrafo único do artigo ora analisado. Esse provimento cautelar tem como fundamento o artigo 45 da Lei 9.784/1999 e o próprio artigo 6º, VI, do CDC.

Diga-se, por fim, que o Decreto 2.181/1997 impôs certos limites à atuação dos órgãos de defesa do consumidor. Ainda que ajam albergados pelo “poder-dever” de polícia administrativa, esses órgãos possuem autonomia apenas para aplicação das sanções de multa, apreensão e inutilização de produto e contra-propaganda. O artigo 18, parágrafo 3º, do diploma legal informa que as demais sanções se sujeitam a “posterior confirmação pelo órgão normativo ou regulador da atividade, nos limites de sua competência”.

Em que pese alguns autores entenderem que essa previsão engessa a proteção administrativa dos direitos dos consumidores, *data maxima venia*, não podemos concordar. Trata-se de exemplo cristalino da tentativa do legislador de ponderar interesses, visando aplicar sanções com proporcionalidade, principalmente quando falamos nas sanções subjetivas, que incidem diretamente no exercício da atividade econômica.

Buscou, sim, sancionar o fornecedor levando em consideração também um ponto de vista sistemático da atividade econômica, nunca deixando de lado o interesse público. E é justamente buscando equacionar o interesse público com a defesa do consumidor que o legislador observou o princípio da proporcionalidade e o operador da norma protetiva deve obedecer a tal princípio.

4 Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade e as sanções administrativas no CDC

Inicialmente, é bom observar que o operador da norma não está livre para aplicar sanções administrativas ao seu bel-prazer. Caso contrário, estar-se-ia possibilitando a existência de manobras e perseguições cujo instrumento seria a aplicação das citadas sanções. Ademais, a concentração de um poder de aplicação, por exemplo, de sanção pecuniária ilimitada com a Administração é completamente injustificável.

Então, um dos princípios que regem a aplicação das sanções administrativas é o princípio da legalidade, e todos os demais que orientam a função desempenhada pela Administração Pública.

Por seu turno, o princípio da proporcionalidade é um dos mais importantes vetores para manter o equilíbrio entre a infração praticada e a respectiva sanção.

Assim é que a Administração não pode se utilizar de meios mais gravosos para alcançar o seu objetivo. Em outras palavras, o agente deverá utilizar sanções específicas e suficientes para

penalizar a infração praticada, sem, contudo, aplicar medidas repressivas que extrapolem a finalidade da lei e, ainda, sem que elas invistam contra o interesse público que ele visa tutelar. Ou seja, as sanções administrativas aplicadas devem conservar uma relação de proporcionalidade com a infração, sob pena de estar-se praticando ato ilegal passível de anulação e/ou revogação.

Não é demais lembrar que o poder de polícia administrativo nas relações de consumo se sujeita às normas previstas na Lei 9.784/99, devendo, por consequência, obedecer ao princípio da proporcionalidade ali previsto.

Por outro lado, quando se afirma que a sanção não deve investir contra o interesse público tutelado, queremos dizer que, em que pese a infração já ter investido contra o interesse público, a própria sanção, se não aplicada proporcionalmente e de forma razoável, pode trazer consequências mais gravosas que a própria infração.

Tomemos como exemplo as penas de cassação de alvará de licença, de interdição e de suspensão temporária da atividade, bem como a de intervenção administrativa, previstas no *caput* do artigo 59 do CDC.

Imagine-se uma fiscalização realizada pelo órgão competente do Município, que verifica irregularidades no atendimento dos consumidores pelo fornecedor X, a exemplo de número insuficiente de atendentes, inexistência de acessibilidade, entre outras infrações. Após procedimento administrativo, com a verificação de todos os pressupostos específicos, o órgão fiscalizador resolve impor uma das sanções do artigo 59 do CDC como medida protetiva dos interesses dos consumidores lesados pela prestação de serviço deficitária. Ocorre que tal estabelecimento era o único do gênero naquela municipalidade, e a sua interdição fará com que todos os consumidores não mais disponham de tal serviço, somente podendo usufruir dele em um outro município, localizado a uma distância de mais de 30 quilômetros.

Além disso, poderíamos incluir como uma circunstância a ser observada o fato de o fornecedor X contribuir com a comunidade local na prestação de serviços públicos, a exemplo do pagamento de diversos benefícios sociais proporcionados por políticas públicas dos Governos Federal e Estadual.

Vê-se que o fechamento do estabelecimento X traria muito mais prejuízos para os consumidores locais do que a prestação do serviço, ainda que deficitário. É aí que entra a ponderação de interesses que deve ser feita pelo operador da norma no momento da aplicação da sanção.

Outro exemplo que pode ilustrar o quanto aqui defendido é o caso de uma instituição de ensino que suspende provas e retém documentos de alunos inadimplentes, violando o art. 6º da Lei 9.870/99, a qual expressamente veda tal expediente. Após o trâmite de procedimento administrativo, aplicou-se sanção administrativa pecuniária. Por óbvio, a aplicação de sanção de suspensão de atividades ou cassação de licença de funcionamento (caso considerássemos a existência dos pressupostos para tal) geraria muito mais prejuízos ao interesse público tutelado do que a infração em si.

Ora, como aplicar uma sanção, que em tese visa proteger o interesse público, quando a sua incidência vai violá-lo mais que a própria infração? Esta se tornaria completamente desproporcional ao fim almejado pela norma. A proporcionalidade, nesse caso, é analisada perante o objetivo da lei, e não perante a extensão da infração. Assim, o operador deve aplicar um tipo de sanção que vise à punição do infrator, talvez com um quantitativo maior, compensando-se a impossibilidade de aplicação da interdição do estabelecimento.

É válido observar que não se está, aqui, defendendo a impunidade dos infratores do Código de Defesa do Consumidor. Pelo contrário. A ideia é muito mais resguardar os interesses dos hipossuficientes contra sanções desproporcionais que acabam por premiar a ânsia de punição em detrimento do interesse público juridicamente tutelado.

A ponderação é entre manter o interesse público e aplicar uma sanção mais branda, porém suficiente, e punir excessivamente, porém em detrimento do interesse público.

Como bem observa Rodrigues (2009, p. 135),

vê-se que as sanções administrativas devem ser dosimetricamente proporcionais, além de adequadas às finalidades da lei. O não atendimento da finalidade fere o princípio da legalidade, já que aquele é inerente a este. A sanção exacerbada, fora dos limites desejados pela norma, é sanção ilegal, sujeita, pois, ao controle jurisdicional.

Vale salientar que tanto o princípio da razoabilidade quanto o princípio da proporcionalidade são previstos expressamente no processo administrativo, conforme se observa do artigo 2º da Lei 9.784/99.

Não é à toa que o Decreto nº 2.181, de 20 de março de 1997, ao regulamentar o Código de Defesa do Consumidor, previu expressamente que, para a aplicação das sanções de suspen-

são temporária de atividade, revogação de concessão ou permissão de uso, cassação de licença do estabelecimento ou de atividade, interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade e intervenção administrativa, é necessária a confirmação posterior pelo órgão normativo ou regulador da atividade, nos limites de sua competência.

Saliente-se que a aplicação de tais tipos de sanções, além de poder violar diretamente o interesse público, pode também influir, ainda que indiretamente, na economia local. Daí a necessidade de confirmação posterior pelos órgãos reguladores.

Nesse sentido, a própria Constituição Federal, no art. 170, *caput* e parágrafo único, prevê que qualquer intervenção administrativa na ordem econômica e na atividade privada é exceção à livre-iniciativa.

Conclusão

Diante de todo o exposto no presente artigo, verifica-se que a aplicação das sanções administrativas previstas no Código de Defesa do Consumidor não está, em sua totalidade, sob o crivo discricionário do gestor público. Deverá este ater-se às previsões normativas gerais e, no seu múnus de fiscalizar a defesa do interesse público e da sociedade, aplicar eventuais sanções obedecendo à razoabilidade e à proporcionalidade.

Na verdade, a observância de tais princípios não é novidade, na medida em que o poder de polícia, que autoriza o gestor público a aplicar penalidades administrativas, tem por um de seus vetores a obediência às normas previstas na Lei do Processo Administrativo.

No entanto, o que se propõe no presente trabalho é a observância da razoabilidade e da proporcionalidade para não se aplicar eventuais sanções, quando o interesse público defendido demande essa atitude do agente público.

Essa interpretação se aplica, especialmente, nas sanções previstas nos incisos VI a XI do artigo 18 do Decreto nº 2.181/97, que são transcrições daquelas previstas no artigo 56 do Código de Defesa do Consumidor, quais sejam: *suspensão de fornecimento de produtos ou serviço; suspensão temporária de atividade; revogação de concessão ou permissão de uso; cassação de licença do estabelecimento ou de atividade; interdição, total ou parcial, de estabelecimento, de obra ou de atividade; intervenção administrativa.*

Nesse passo, o interesse público será muito mais preservado se, em vez de interditar um estabelecimento, o agente público aplique uma multa com valor mais considerável.

Por óbvio, como se afere nos exemplos citados alhures, a razoabilidade impera na defesa do interesse público, sendo inadmissível que o agente fiscalizador (neste caso, especificamente os agentes dos órgãos de defesa do consumidor) feche os olhos para a necessidade da comunidade que representa e serve e dê vazão à aplicação fria da lei. Assim, dentro de uma ponderação de interesses, e observando os princípios da Administração Pública e do processo administrativo, deverá perseguir uma solução concreta, proporcional e razoável para a demanda consumerista.

Vale ressaltar que o principal objetivo do processo administrativo é não só punir o infrator, mas também, nos casos previstos no CDC, satisfazer a pretensão posta pelo consumidor. Deverá, portanto, buscar principalmente o *mens legis*, o qual, no caso, é a defesa do direito do consumidor, sem, todavia, violá-lo ainda mais com uma sanção desmedida e irrazoável.

Referências

AZEVEDO, Fernando Costa de. Considerações sobre o direito administrativo do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 17, n. 68, p.38-90, out. 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEDAUAR, Odete. Poder de polícia. **Revista de Direito Administrativo**, v. 199, p. 89-96, Rio de Janeiro, jan.-mar. 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. A defesa administrativa do consumidor no Brasil. Alguns aspectos. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 12, n. 46, p. 120-163, abr.-jun. 2003.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Sanções administrativas no Código de Defesa do Consumidor**. Salvador: JusPodivm, 2009.

A aplicação de medidas atípicas para efetividade de ordens judiciais em processos de execução frente ao princípio da dignidade da pessoa humana no Novo Código de Processo Civil

Juliana Dal Molin de Oliveira Lemos

Advogada em Rondônia

Bancária na Caixa Econômica Federal

Graduada em Economia pela Universidade Federal de Rondônia – UNIR

Pós-Graduada em Direito do Consumidor pela Faculdade Estácio

Pós-Graduada em Processo Civil pela Uninter/FAP

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo realizar um apanhado acerca da aplicação do artigo 139, inciso IV do Código de Processo Civil de 2015, que trata sobre as medidas atípicas de efetividade da ordem judicial. Assim, realizaremos uma análise quanto às suas possibilidades de utilização em processos de execução, seus requisitos e dimensão processual, desde a sua positivação, e a implicação verificada na sua utilização, considerando a observância dos direitos fundamentais ligados à dignidade da pessoa humana, positivados tanto em nossa Constituição Federal vigente quanto no CPC de 2015. Desse modo, podemos observar o intuito de propor uma sistematização do instituto diante de sua complexidade na prática processual, que traga eficácia, efetividade e celeridade ao cumprimento de ordens judiciais dentro dos processos de execução.

Palavras-chave: Medidas atípicas. Execução judicial. Princípios fundamentais. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

This article aims to achieve an overview about the application of article 139, section IV of the Code of Civil Procedure of 2015, which deals with the measures atypical effectiveness of judicial order. Thus, we will conduct a review as to their possibilities for

use in the execution processes, its requirements and procedural dimension, since your affirmations, and the implication in its use, whereas the observance of fundamental rights linked to the dignity of the human person, insert both in our Federal Constitution in force, as in the CPC 2015. In this way, we can observe the intent to propose a systematization of the institute before its complexity in practice procedure that brings efficiency, effectiveness and speed to fulfill orders within the execution processes.

Keywords: Atypical Measures. Judicial Execution. Fundamental Principles. Dignity Human Person.

Introdução

A escolha do tema apresentado passa pela possibilidade, no novo ordenamento processual civil, da aplicação pelo juízo de medidas atípicas, conforme disposto no art. 139, inciso IV, do CPC de 2015, que visam à efetividade no cumprimento de ordens judiciais, que muitas das vezes não se efetivam com a aplicação das medidas típicas já disponibilizadas pelo ordenamento jurídico para esse fim.

O estudo deste novel instituto é importante para entendermos toda a sua criação, positivação, utilização e impacto diante do processo civil brasileiro. A medida de positivação dessa possibilidade concede ao ordenamento judicial e às decisões ali contidas outros contornos conceituais e práticos, com novas funções de cada uma das aplicações, com uma gama nova de possibilidades materiais e formais que auxiliem em sua efetividade.

Um dos motivos para que a aplicação destas medidas atípicas seja possível é a própria busca pela celeridade e efetividade processual. Assim, se determinada medida for determinante para o cumprimento da ordem judicial estabelecida, ao permitir-se que assim se proceda, há, desde logo, a prestação jurisdicional daquela parte da demanda, e a sua efetividade será cumprida.

Necessário se faz ressaltar a grande relevância do tema, diante de seu molde inserto na nova codificação, com a necessidade de entender este instituto decisório e seus respectivos impactos, com a primordial e minuciosa análise sobre os possíveis benefícios, situações processuais atípicas, prejuízos, desmembramentos e demais possibilidades e nuances envoltas, considerando os processos de execução e a observância do princípio da dignidade da pessoa humana, norteados em nosso ordenamento.

Analisar as possibilidades de utilização deste dispositivo, seus requisitos e dimensão processual, desde a sua positivação e as

implicações verificadas em sua utilização, objetiva também obter maiores e mais detalhados conhecimentos sobre o tema e os institutos impactados, como direitos fundamentais, teorias da decisão, fundamentação de decisão, execução provisória e definitiva, entre outras implicações e problematizações necessárias.

Com tamanha inovação positivando a possibilidade de aplicação destas medidas atípicas, por si só, este instituto merece um estudo aprofundado, sendo suficientemente instigante, conflituoso e desafiador, para realizar uma reflexão sobre as mudanças afetas e os impactos processuais vindouros na prática forense.

1 Da responsabilidade patrimonial na execução

Ao iniciar os estudos sobre a responsabilidade patrimonial nos processos de execução, é importante fazermos uma distinção entre os conceitos dos institutos da obrigação e da responsabilidade patrimonial para o Processo Civil.

A obrigação é um instituto de direito material que, quando contraída, pode resultar em duas alternativas: a primeira é a sua extinção resultante de seu cumprimento integral e a segunda trata de alguma espécie de crise de inadimplemento.

Já a responsabilidade patrimonial é um instituto de direito processual que surge a partir do momento em que, havendo uma crise de inadimplemento e não cumprindo o devedor sua obrigação de forma espontânea, esta torna-se o objeto de um processo de execução judicial.

Desta forma, conclui-se que a responsabilidade patrimonial é uma consequência jurídica patrimonial que surge em função de uma crise de inadimplemento de uma obrigação.

O art. 789 do CPC de 2015 dispõe que “o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei”, o que representa uma norma fundamental do processo de execução, igualmente positivada pelo CPC de 2002, através de seu art. 371, que dispunha que “pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor”.

Esses dispositivos celebram importantes princípios ligados a esta matéria, como o da imputação civil dos danos, o da máxima utilidade da execução e, ainda, o da menor onerosidade para o devedor.

Desta forma, conforme Liebman (apud GRECO FILHO, 2009, p. 125), a responsabilidade patrimonial nada mais é que

um vínculo de direito público processual, consistente na sujeição dos bens do devedor a serem destinados a satisfazer o credor que não recebeu a prestação devida, através da realização de sanção por parte do órgão judiciário.

Porém, ao tratar sobre a responsabilidade patrimonial, devemos lembrar que apenas os bens penhoráveis do devedor são atingidos pela execução judicial. Neste sentido, Nery Jr. e Nery (2016, p. 1769) cita que o título do credor o habilita a avançar no patrimônio penhorável do devedor, para satisfação de seu crédito.

Esta parcela do patrimônio do devedor inatingível pelo processo de execução judicial em favor do credor foi estipulada pelo legislador com base no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, ressalvando que o devedor não perca suas condições de sobrevivência ou de sua família (VITORELLI; ZARONI, 2016, p. 54).

2 Do princípio da dignidade da pessoa humana em matéria de execução de dívidas

Ao observarmos o art. 8º do CPC de 2015, que dispõe que “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”, podemos verificar a preocupação e cuidado dos legisladores em reafirmar nas normas fundamentais do CPC a necessidade da observância do princípio da dignidade da pessoa humana, já positivado em nossa Constituição Federal.

A reafirmação e menção ao princípio da dignidade da pessoa humana no CPC de 2015, embora pareça, em uma leitura superficial, desnecessária frente a sua previsão como princípio constitucional, é de grande importância e compreensível ao pensarmos, numa visão mais aprofundada e histórica, mesmo em um passado não tão distante, exemplos de várias situações em que a dignidade da pessoa humana foi tão violada em nossa sociedade, sendo estas violações muitas vezes amparadas e aceitas em seu momento histórico e/ou social.

Em meio a tantos exemplos, entre os mais atrozés podemos mencionar, com relação à execução de dívidas, os primórdios do Direito Romano, em que, através da Lei das XII Tábuas, estipulava-se que o não cumprimento de uma obrigação pelo devedor ao credor poderia recair sobre a pessoa do devedor, de maneira que este poderia ser escravizado ou mesmo morto pelo

credor, numa clara utilização da vingança privada como forma de execução de dívidas, como verificamos no Inciso 9º da Tábua Terceira:

Se não muitos os credores, será permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos sejam os credores, não importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Tibre.

Quanto ao exemplo da escravidão, embora nos remeta, no caso do Brasil, ao período compreendido entre o século XVI e o final do século XIX, quando era muitas vezes utilizada como um meio aceito socialmente de cobrança de dívidas que, porém, nunca eram quitadas, vista a situação de abusivos custos de alimentação e manutenção a que os “devedores” eram submetidos por seus “credores”, nos faz verificar que, mesmo nos dias atuais, com todos os dispositivos que expressam o princípio da dignidade da pessoa humana, situações similares a esta de escravidão persistem em nosso país, violando as leis que regulamentam esse princípio.

É neste sentido que percebemos a importância de que:

a vida em sociedade exige um complexo de normas disciplinadoras que estabeleça as regras indispensáveis ao convívio entre os indivíduos que a compõem. O conjunto dessas regras, denominado direito positivo, que deve ser obedecido e cumprido por todos os integrantes do grupo social, prevê as consequências e sanções aos que violarem seus preceitos (MIRABETE, 2003, p. 21).

Assim, são perfeitamente notórios o avanço e a preocupação dispostos em nosso ordenamento jurídico para o alinhamento entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a efetividade da jurisdição executiva, positivando e reforçando, sempre que cabível, com a finalidade de atingir o esperado bem comum.

Outra finalidade dada à matéria que relaciona os processos de execução ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao seu permanente debate visa resguardar todo e qualquer retrocesso possível diante a sua inobservância, como em decisões que extrapolem os limites razoáveis a serem aplicados ou que deixem de zelar por um direito fundamental, justificadas em função do atendimento de prestação jurisdicional.

3 Das medidas típicas de efetividade da jurisdição executiva

Entendemos a efetividade de uma medida como a capacidade que ela possui de produzir o efeito desejado ou esperado. Na jurisdição executiva, observamos várias técnicas processuais a serem utilizadas com o intuito de dar efetividade ao direito adquirido através de um resultado obtido pela decisão judicial. Para isso, é fundamental observarmos a técnica mais adequada e hábil a ser aplicada.

Vitorelli e Zaroni (2016, p. 54), ao tratarem sobre a efetividade, sintetizam a missão do processo de execução como “entregar ao credor exatamente aquilo a que tem direito, no menor prazo possível, do modo menos oneroso possível para o devedor e para o sistema processual”. Ou seja, observa-se nesse entendimento a observância e relação com o atendimento dos fins sociais e das exigências de bem comum, positivadas pelo já citado art. 8º do CPC de 2015.

Dentro do processo de execução, visando à efetividade da jurisdição executiva, o Estado fica autorizado a utilizar medidas típicas, assim chamadas por estarem expressamente positivadas na legislação, divididas pelos meios de sub-rogação e meios de coerção, que “compõem o amplo espectro dos meios executivos” (CÂMARA, 2014, p. 14), existentes com o intuito de contribuir para que os resultados esperados se produzam, transformando-se em realidade.

Em nosso ordenamento processual, verificamos diversas medidas consideradas típicas, dentre as quais podemos exemplificar a penhora e expropriação de bens, a busca e apreensão de coisas móveis, ou de imissão na posse de bens imóveis, a imposição de multa por atraso de cumprimentos de decisões judiciais, o desfazimento de uma obra, entre outras, todas positivadas com o objetivo de buscar e atender a efetividade da jurisdição executiva e visando atender o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva.

Duas inovações importantes em relação a medidas típicas para efetividade da obrigação de pagar em processos de execução podemos observar no CPC de 2015, apresentando-se como novos instrumentos auxiliares para a busca da efetividade da jurisdição executiva:

- A primeira inovação foi positivada através do seu art. 517, que trata sobre a possibilidade de o exequente utilizar a sentença executória que transitou em julgado e não cumprida dentro do prazo legal pelo executado a protesto. Nesta possibilidade, incube ao exequente apresentar a certidão de teor da decisão, para efetivação do protesto;

- Já a segunda inovação podemos verificar através do art. 782, §3º, que trata da possibilidade de inclusão do nome do devedor nos cadastros de restrição ao crédito, determinada pelo juiz a requerimento da parte.

Ambas são medidas que não recaem sobre o patrimônio do devedor, mas sim ao direito ao nome do devedor, ou seja, ao seu direito de personalidade.

Gajardoni (2016), ao tratar sobre essas medidas, pontua pertinentemente os cuidados que os credores devem observar diante da aplicação delas:

Evidentemente as medidas típicas dantes indicadas devem ser utilizadas com parcimônia pelos credores, na proporção de seu crédito e à luz da plausibilidade do direito reclamado. Todas acarretam, nos termos dos artigos 495, § 5º, 828, § 5º, 520, I, 776, do CPC/2015, responsabilidade objetiva do exequente em caso de: a) reconhecimento posterior da inexistência do crédito; e b) excesso na averbação/registo nos bens do devedor (algo que é aferido à luz do valor da obrigação reclamada).

Essas inovações são vistas por nossa doutrina e ordenamento jurídico como importantes ferramentas a serem utilizadas para alcançar a efetividade do direito adquirido através de um resultado obtido pela decisão judicial.

Porém, ao mesmo tempo, é notória a preocupação acerca de, subsidiariamente a essas medidas tipificadas, pensar-se em meios alternativos e complementares, para dar tratamento aos casos em que a aplicação delas não consiga alcançar a sua eficácia.

4 A ineficácia das medidas típicas diante da cultura processual

Uma grande problemática envolvendo a aplicação de medidas típicas como forma de assegurar o cumprimento das decisões judiciais em processos de execução refere-se ao questionamento sobre a eficácia dessas medidas, considerando os altos índices de descumprimento das decisões, justificado, muitas das vezes, pela cultura processual em nosso ordenamento jurídico, considerada “protetora” em relação ao executado, em detrimento ao exequente.

De acordo com Câmara (2014, p. 15):

é impossível determinar com exatidão todos os motivos pelos quais a execução tem sido, historicamente,

tão ineficiente. Uma razão há, porém, que não pode deixar de ser aqui registrada: a tendência à superproteção do devedor.

Assim, embora tenhamos em nosso ordenamento jurídico um conjunto de medidas típicas positivadas com o intuito de tornar o processo de execução capaz de produzir o resultado real, em tempo razoável, do que se espera, verificamos que muitas vezes não se consegue alcançar tal resultado.

Nesse sentido, Vitorelli e Zaroni (2016, p. 55) concordam, ao dispor que:

o CPC foi tímido ao temperar algumas impenhorabilidades há muito criticadas pela doutrina, como é o caso da impenhorabilidade dos salários, afastada, nos termos do art. 833, IV e seu §2º, apenas se os rendimentos do devedor forem superiores a 50 salários-mínimos mensais, valores que ultrapassam, em 2016, a cifra de R\$ 43 mil.

Em que pese a evidente afirmativa de que a execução deve ter limites, fundada principalmente pelo princípio da dignidade humana do devedor, estabelecido pelo art. 1º, III, da CF, é importante também haver um equilíbrio, uma proporcionalidade e uma razoabilidade a fim de que se proteja, diante ao mesmo princípio, efetivamente a dignidade do credor, que faz jus à satisfação efetiva do seu direito ao crédito que foi violado, sendo este um direito fundamental previsto no art. 5º, XXXV, da CF, que deve ser tutelado e que merece igual atenção, estando os dois em colisão.

Por um lado, percebemos que, comprovando-se a inexistência de patrimônios e meios do devedor de cumprir suas obrigações junto ao credor, ou seja, obrigações de impossível cumprimento, aplicar medidas de pressão psicológica para o cumprimento perderia sua objetividade, transformando-se apenas em medidas penalizando o devedor, sancionando-o, sem a perspectiva de satisfação do real direito, o que representa a violação de princípios da execução, como o princípio da utilidade e o da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, cabe ainda destacar a existência da chamada “blindagem patrimonial”, de acordo com a qual, embora realizadas buscas diligentes pelo patrimônio do devedor, estas se restam frustradas, não pela inexistência de patrimônio do devedor, mas sim por estarem inalcançáveis, fazendo com que as medidas típicas fiquem impossibilitadas de atingir a eficácia esperada, situação em que caberia a busca de outras possibilidades para sua efetividade.

5 A existência de medidas atípicas de efetividade da decisão judicial executiva

As medidas atípicas de efetividade da decisão judicial executiva, embora já constantes nos CPC anteriores, ao se tratar de execução específica, foram positivadas no CPC de 2015 de forma a ser aplicadas em todas as formas de execução.

Desta forma, o art. 139, IV, do CPC de 2015 estabelece que

O juiz dirigirá o processo conforme as disposições desse Código, incumbindo-lhe: [...] IV – determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária.

Em complemento, o art. 536, §1º, exemplifica que “o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial”.

No momento em que o legislador emprega a locução “entre outras medidas” antes do rol exemplificativo do art. 536, §1º, verifica-se que fica a critério do juízo estabelecer medidas que, mesmo não estando previstas expressamente nesse dispositivo, podem ser adotadas pelo juiz, visando à satisfação do direito.

Porém, como observam Vitorelli e Zaroni (2016, p. 67), “não resta claro em que ocasião e sob quais condições poderá o juiz empregar tal dispositivo, já que o legislador previu preferencialmente o sistema de tipicidade das formas executivas nas execuções pecuniárias”, tema este tratado ainda em enunciado do FPPC:

A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, §1º, I e II.

Considerando tratar-se de conceitos ligados a um novel dispositivo processual civil, ainda em construção em nosso ordenamento jurídico, sabemos que muitos debates e argumentos serão discutidos, em busca de limites de aplicação e pacificação de matérias e fixação de precedentes. Em função disso, tor-

na-se fundamental, como operadores de direito, estarmos atentos e atuantes, auxiliando para os alinhamentos e definições a serem adotados nessa nova sistematização.

6 Dos recentes julgados de repercussão nacional com base no art. 139, IV, CPC/2015

Em meio às dúvidas e polêmicas que permeiam o novo dispositivo do art. 139, IV, do CPC de 2015, dois julgados tiveram grande repercussão nacional, trazendo diversos debates e entendimentos acerca de seus fundamentos e determinações.

O primeiro julgado, de grande repercussão, refere-se à decisão deferida em 25 de agosto de 2016 pela juíza de direito Andrea Ferraz Musa, da 2ª Vara Cível do foro de Pinheiros/SP, através do Processo nº 4001386-13.2013.8.26.0011 - Execução de Título Extrajudicial, em que a mesma determinou:

O caso tratado nos autos se insere dentre as hipóteses em que é cabível a aplicação do art. 139, inciso IV, do Código de Processo Civil. Isso porque o processo tramita desde 2013 sem que qualquer valor tenha sido pago ao exequente. Todas as medidas executivas cabíveis foram tomadas, sendo que o executado não paga a dívida, não indica bens à penhora, não faz proposta de acordo e sequer cumpre de forma adequada as ordens judiciais, frustrando a execução.

Se o executado não tem como solver a presente dívida, também não recursos para viagens internacionais, ou para manter um veículo, ou mesmo manter um cartão de crédito. Se porém, mantiver tais atividades, poderá quitar a dívida, razão pela qual a medida coercitiva poderá se mostrar efetiva.

Assim, como medida coercitiva objetivando a efetivação da presente execução, defiro o pedido formulado pelo exequente, e suspendo a Carteira Nacional de Habilitação do executado M. A. S., determinando, ainda, a apreensão de seu passaporte, até o pagamento da presente dívida.

Oficie-se ao Departamento Estadual de Trânsito e à Delegacia da Polícia Federal.

Determino, ainda, o cancelamento dos cartões de crédito do executado até o pagamento da presente dívida.

Oficie-se às empresas operadoras de cartão de crédito Mastercard, Visa, Elo, Amex e Hipercard, para cancelar os cartões do executado.

Em sentido contrário, no dia 9 de setembro de 2016, o desembargador relator Marcos Ramos, da 30ª Câmara de Direito

Privado do TJ/SP, concedeu liminar em *habeas corpus* suspendendo a decisão da juíza, pontuando:

Em que pese a nova sistemática trazida pelo art. 139, IV, do CPC/2015, deve-se considerar que a base estrutural do ordenamento jurídico é a Constituição Federal, que em seu art. 5º, XV, consagra o direito de ir e vir. Ademais, o art. 8º, do CPC/2015, também preceitua que ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz não atentar-se-á apenas para a eficiência do processo, mas também aos fins sociais e às exigências do bem comum, devendo ainda resguardar e promover a dignidade da pessoa humana, observando a proporcionalidade, a razoabilidade e a legalidade.

Por tais motivos, concedo a liminar pleiteada.

Comunique-se à autoridade coatora para que providencie as medidas cabíveis e urgentes para o desfazimento do ato por ela praticado, bem como encaminhe a este Tribunal as necessárias informações. Após, os autos devem ser direcionados à douta Procuradoria Geral de Justiça.

O segundo julgado refere-se à decisão deferida em 28 de setembro de 2016 pela juíza de direito Úrsula Gonçalves Theodoro de Faria Souza, da 8ª Vara Cível da comarca de Porto Velho, através do Processo nº 0025710-16.2012.8.22.0001, em que a mesma deferiu a suspensão do CPF do executado:

Defiro a juntada do substabelecimento no prazo de 5 dias. 2. Expeça-se certidão de crédito para fins de protesto. 3. Como o Código de Processo Civil, em seu artigo 139, estabeleceu o poder de tutela específica ao magistrado, para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive na busca da satisfação de prestação pecuniária, defiro a suspensão do CPF do executado, uma vez que se não efetua o pagamento de seus débitos, já tendo sido realizado inúmeras e diversas diligências para tentar penhorar bens do executado, inclusive intimando-se-o para indicar bens, também não pode o executado usufruir de cadastro para realizar negociação, compras, vendas, créditos e tributos. Oficie-se à Receita Federal.

Em complemento a esses dois julgados, trazemos um terceiro julgado, proferido pelo juiz de direito Josevando Souza Andrade, da 1ª Vara do Sistema dos Juizados Especiais da Fazenda Pública de Salvador, no Processo 8001293-26.2015.8.05.0001, também de grande repercussão nacional.

Este último, diferente dos julgados anteriores, não está ligado à execução, mas sim à efetivação de uma tutela provisória,

com base no art. 297 do CPC de 2015, mas também colaborou muito para fomentar as discussões sobre a utilização de medidas extremas, após outras tentativas de medidas infrutíferas, com o objetivo de alcançar a efetividade no cumprimento de uma decisão judicial.

O julgado determinou que fosse cortada a energia elétrica do imóvel onde funciona a Secretaria de Administração da Bahia, visando “forçar” o governo a nomear uma candidata aprovada em concurso público.

Conforme matéria veiculada no conceituado site Consultor Jurídico - CONJUR, “após intimado da decisão, o estado da Bahia não efetivou a nomeação. Depois de nova tentativa infrutífera, o juiz Josevando Andrade então decidiu partir para uma medida mais extrema, aplicando o artigo 297 do CPC”:

Tendo em vista a resistência da ré em cumprir a determinação judicial mesmo já intimada, determino seja novamente intimada para comprovar o cumprimento da decisão em 48 horas. Decorrido o prazo sem atendimento, valendo o Julgador do quanto inserto no artigo 297, aplicável supletivamente em sede dos juizados especiais, será determinado o corte no abastecimento de energia elétrica que abastece a unidade imobiliária onde funciona a Secretaria de Administração.

A matéria trazia ainda o posicionamento do advogado da parte autora, Sandro Moreno Oliveira, considerando que, embora a medida pudesse ser considerada excessiva, foi eficiente para o caso, visto que a nomeação foi publicada no Diário Oficial do Estado oito dias após o despacho, em cumprimento à determinação judicial.

Quando o CPC estabelece uma amplitude de mecanismos para efetivar uma decisão, tem que enxergar dentro do contexto. Nesse caso, houve reiterada omissão do Estado, que foi intimado mais de uma vez. Diante disso, o juiz achou por bem se valer de um instrumento mais severo, mais agressivo. É possível considerar mesmo que houve um excesso, mas que redundou em um resultado. Foi necessário se valer de um mecanismo desse para que fosse cumprido. O que foi mais justo [...].

Trazendo o mesmo julgado para uma comparação a um processo de execução, a matéria do CONJUR citava ainda a afirmação do advogado de que o descumprimento de ordens judiciais pelo estado da Bahia é recorrente e nem sempre as multas são suficientes para forçar o réu a cumprir a decisão.

Segundo Moreno Oliveira, em um outro caso em que atua, não relacionado ao concurso, o estado da Bahia foi condenado há mais de três anos e ainda não cumpriu a decisão. Segundo o advogado, somente neste caso a astreinte já chega a quase R\$ 1 milhão. “Será que a medida do juiz é mais drástica do que se a pessoa ter uma decisão transitada em julgado sem ter o seu direito?”, questiona.

A pergunta final lançada nessa matéria noticiada pelo CONJUR é um dos pontos cruciais e de maior complexidade frente ao equilíbrio a ser alcançado para o bem comum nas medidas a serem sistematizadas para efetividade das decisões, dos resultados dos processos de execução e de seu cumprimento.

Podemos visualizar nessa realidade processual a dicotomia quanto à colisão entre a dignidade da pessoa humana do executado diante ao mesmo princípio e a dignidade do credor, como mencionado anteriormente neste artigo, que faz jus à satisfação efetiva do seu direito ao crédito que foi violado, devendo ser tutelado e merecendo igual atenção.

7 A necessidade de sistematização da utilização das medidas atípicas diante de uma conjuntura do direito fundamental da dignidade da pessoa humana

O CPC de 2015, em seu art. 3º, dispõe que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República do Brasil”.

Tal dispositivo nos remete à necessidade de sistematização que o CPC de 2015 busca articular, que pode ser exemplificada, no caso da utilização das medidas atípicas diante de uma conjuntura de direitos fundamentais, com o cuidado e responsabilidade que o juiz deve ter ao criar ou empregar determinada medida com o intuito de garantir o direito à efetividade da tutela jurisdicional, positivado também no art. 5º, XXXV, da CF, sem deixar de observar os direitos fundamentais.

Vemos em Marinoni (2004, p. 30) que:

O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, segundo o art. 5º, §1º da CF, tem aplicabilidade imediata, e, assim, vincula imediatamente o Poder Público, isto é, o legislador – obrigado a traçar técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos – e o juiz – que tem o dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva. Na verdade, esse direito fundamental incide de forma objetiva, ou como valor, sobre o juiz. Melhor

dizendo, o juiz, diante desse direito fundamental, deve perguntar sobre as necessidades do direito material, vale dizer, sobre a tutela do direito que deve ser outorgada pelo processo, para então buscar na norma processual a técnica processual idônea à sua efetiva prestação, outorgando-lhe a máxima efetividade.

Em contrapartida, a utilização das medidas atípicas devem também observar princípios como da proporcionalidade e da razoabilidade, uma vez que a aplicação de alguma medida diante de um devedor de boa-fé mas sem recursos viola sua dignidade e traz eficácia esperada, diferente do que ocorre quando se há indícios de que o devedor, agindo de má-fé, tem condições de cumprir suas obrigações, mas se recusa abusivamente a fazê-lo (BENEDUZI, 2016, p. 283).

Greco (1999), ao tratar sobre o processo de execução, também nos traz que é mais do que natural que dentro de um processo de execução caiba a restrição de direitos a executados, trazendo restrições pessoais e patrimoniais do devedor. Para o referido autor, “é desanimador verificar que justamente na tutela jurisdicional satisfativa o processo civil brasileiro apresenta o mais alto índice de ineficácia” (GRECO, 1999, p. 4).

Isso considerando o fato de que, desde o CPC de 1973, mesmo em se tratando de medidas típicas, percebemos nitidamente que eram restringidos direitos do devedor, como verificamos, por exemplo, no art. 536, §1º, do CPC de 2015 (antigo art. 461, §5º, do CPC de 1973), que trata sobre remoção de pessoas, visando satisfazer um direito de fazer, não fazer ou entregar coisa, o que representa uma restrição ao direito de ir e vir, impedindo uma pessoa de ficar onde, em tese, quer ficar.

Ao tratar sobre a reforma e efetividade da execução no novo CPC, Vitorelli e Zaroni (2016, p. 78) fazem uma conclusão crítica de que “as normas fundamentais do novo CPC têm, como perceberam Marinoni, Mitidiero e Arenhart, potencial para dar ao sistema processual brasileiro um viés interpretativo inovador, comprometido com a efetividade da tutela de direitos materiais”.

No mesmo sentido, Gajardoni (2015) vê no art. 139, IV, do CPC de 2015 uma possibilidade de uma verdadeira revolução na sistemática executiva até então vigente. Em suas palavras:

Por isso – a prevalecer a interpretação potencializada do art. 139, IV, do CPC/2015 –, o emprego de tais medidas coercitivas/indutivas, especialmente nas obrigações de pagar, encontrará limite certo na excepcionalidade da medida (esgotamento dos meios tradicionais de sa-

tificação do débito), na proporcionalidade (inclusive à luz da regra da menor onerosidade ao devedor do art. 805 do CPC/2015), na necessidade de fundamentação substancial e, especialmente, nos direitos e garantias assegurados na Constituição Federal (v.g., não parece possível que se determine o pagamento sob pena de prisão ou de vedação ao exercício da profissão, do direito de ir e vir, etc.). De todo modo uma coisa é certa: a parte não conta com ninguém mais, a não ser o Estado/Juiz, para fazer a decisão judicial valer. Que a doutrina e os Tribunais se conscientizem que a efetivação é tão, ou até mais importante, do que a própria declaração do direito (GAJARDONI, 2015).

Para os autores, a problemática a ser enfrentada e desenvolvida pelos operadores do direito refere-se justamente a compreensão, sistematização e estruturação apropriadas, a fim de que sejam atingidos os objetivos e a finalidade desta novel legislação, através deste novo método interpretativo.

Conclusão

Todo direito deve ter uma efetividade, e esta sempre foi tergiversada no direito processual, seja pela própria complicação em termos práticos processuais, seja, ainda, pela pouca atenção dada pelo estudo da necessidade da concessão dessa efetividade para a decisão judicial.

Desse modo, o CPC de 2015, ao incluir o art. 139, IV, primou pela ênfase à efetividade da decisão judicial, possibilitando ao juízo a adoção de medidas indutivas, coercitivas, mandamentais e sub-rogatórias para garantir que a decisão seja realmente cumprida. Com tal desiderato, o juízo tem o poder, mediante o devido requerimento do exequente, de determinar medidas atípicas, sem ater-se às possibilidades determinadas no direito positivado.

O intuito é conceder essa efetividade e, de certa maneira, revolucionar o tema de cumprimento efetivo e respeito às decisões judiciais. Contudo, há limites para tais pontos de atipicidade, os quais devem sempre ser utilizados com a devida conjunção aos preceitos fundamentais e ditames constitucionais, resguardando a dignidade da pessoa humana.

Não há, nessa visão de conjunção entre os preceitos fundamentais e as medidas atípicas, uma defesa exacerbada ao executado, uma vez que essa possibilidade aberta deve primar pela efetividade da decisão judicial, mas, de igual modo, deve conter limites constitucionais, dentre os quais há direitos mínimos inalienáveis.

Com as medidas atípicas referendadas pelo CPC de 2015, cada juízo, ao analisar os pedidos realizados pelos exequentes, deve almejar sempre a efetividade da decisão judicial e, ao mesmo tempo, entender que existem limites constitucionais, os quais devem ser respeitados, garantindo que a decisão se torne efetiva por um caminho legal e seguro, conciliando o direito do exequente no recebimento de seu crédito e a satisfação específica com as garantias mínimas de dignidade ao executado.

Referências

- BENEDUZI, Renato Resende. **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 70 ao 187. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (Coleção Comentários ao Código de Processo Civil; v. 2 / coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero).
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Eficácia da execução e eficiência dos meios executivos: em defesa dos meios executivos atípicos e da penhora de bens impenhoráveis. In: ALVIM, Arruda. (Coord.). **Execução Civil e Temas Afins – Do CPC/1973 ao Novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 14-15.
- ROVER, Tadeu. Juiz manda cortar energia para forçar estado nomear aprovada em concurso. **Revista Consultor Jurídico**, 8 out. 2016. Não paginado. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-out-08/juiz-manda-cortar-energia-forcar-estado-nomear-aprovada>>. Acesso em: 1 mar. 2017.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **A revolução silenciosa da execução por quantia**. 24 ago. 2015. Não paginado. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia-24082015>>. Acesso em: 1 mar. 2017
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Mecanismos de aceleração do recebimento de créditos**. 30 maio 2016. Não paginado. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/novo-cpc/mecanismos-de-acele-racao-recebimento-de-creditos-no-novo-cpc-30052016>>. Acesso em: 1 mar. 2017.
- GRECO, Leonardo. **O processo de execução**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. v.1.
- GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e tutela dos direitos**. São Paulo: RT, 2004.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITI-DIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: Teoria do Processo Civil. São Paulo, RT, 2015, v. 2.
- MIRABETE, Júlio Fabrine. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

VITORELLI, Edilson; ZARONI, Bruno Marzullo. Reforma e Efetividade da Execução no Novo CPC. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord.). **Novo CPC doutrina selecionada**. v. 5. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 54-78.

Eficácia temporal das súmulas e a segurança jurídica

Keety Braga Collodel

*Advogada da CAIXA em Santa Catarina
Pós-graduada em Direito do Trabalho pela
AMATRA12/UNIASSELVI*

*Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do
Trabalho pela UNICID*

Alessandra Hoffmann de Oliveira Pinheiro

*Advogada da CAIXA em Santa Catarina
Pós-graduada em Direito e Advocacia Empresarial
pela Universidade Anhanguera-Uniderp*

RESUMO

Trata-se de um estudo a respeito da eficácia temporal da jurisprudência consolidada e dos riscos criados pela retroatividade indiscriminada, teoria adotada pela doutrina e jurisprudência tradicionais. Após trazer alguns conceitos, diferenciações e discussões em torno da natureza jurídica e efeitos da jurisprudência, aponta-se para uma teoria intermediária, que leva em consideração que os efeitos temporais da alteração jurisprudencial variam de acordo com o conteúdo e impactos que podem ser causados à sociedade e ao Poder Judiciário. A pesquisa, descritiva e exploratória, tem caráter qualitativo, utilizando o método lógico-dedutivo, com a realização de exame bibliográfico e análise jurisprudencial, a partir de um estudo jurídico multidisciplinar. Sob o enfoque do Código de Processo Civil de 2015, propõe-se uma reflexão sobre o papel da jurisprudência no sistema jurídico brasileiro atual, com indicação de métodos e cuidados a serem tomados pelos operadores jurídicos.

Palavras-chave: Jurisprudência. Súmulas. Eficácia temporal. Segurança jurídica.

ABSTRACT

This article is about the temporal effectiveness of established jurisprudence and the hazards created by the indiscriminate retroactivity, theory adopted by the traditional doctrine. After bringing some concepts, differentiations and discussions about the legal nature and effects of jurisprudence, it is suggested an intermediate theory, which takes into account

the temporal effects of jurisprudential changes according to the content and impacts that may be caused in society and the judiciary. The research, descriptive and exploratory, has a qualitative character, using the logical-deductive method, with the accomplishment of bibliographic examination and jurisprudential analysis, based on a multidisciplinary legal study. Analyzing the Civil Procedure Code 2015, it is proposed to reflect about the importance of jurisprudence in the current Brazilian legal system, indicating methods and precautions to be observed by legal operators.

Keywords: Jurisprudence. Dockets. Temporal Effectiveness. Legal Certainty.

Introdução

Tradicionalmente, as súmulas são consideradas apenas em seu aspecto meramente interpretativo, com função persuasiva e sem vincular sequer os integrantes do Tribunal de onde emanaram. Por conta disso, havendo alteração de jurisprudência ou surgindo súmula a respeito de um tema, por servir apenas para interpretar a lei, dentro de uma perspectiva positivista, os efeitos retroativos ser-lhe-iam inerentes. Ocorre que o atual contexto jurídico vem transformando alguns conceitos tradicionais, especialmente diante da maior aproximação entre os sistemas jurídicos do *common law* e *civil law*, o que faz com que também o conceito e a natureza jurídica da jurisprudência consolidada devam ser revistos, com consequências na eficácia temporal da alteração jurisprudencial.

O estudo da retroatividade ou não das súmulas, especialmente após a Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Civil de 2015, não possui cunho meramente acadêmico, mas prático, diante das graves repercussões não apenas na própria estrutura e confiabilidade do Poder Judiciário perante a sociedade como também na segurança jurídica e em direitos fundamentais dos jurisdicionados. A maior importância que vem sendo atribuída à jurisprudência e a proximidade com a norma positivada tornam indispensável que o operador jurídico passe a se preocupar ainda mais com a uniformidade jurisprudencial, estabilidade, segurança jurídica e com a expectativa criada e os riscos que podem ser causados a partir de uma mudança abrupta trazida por novas súmulas ou por enunciados jurisprudenciais que inovam o ordenamento jurídico a partir de súmulas integrativas.

O que se pretende é, na verdade, instigar o leitor a discutir se a jurisprudência, após lhe ter sido atribuído maior caráter cri-

ativo e normativo, frente às lacunas normativas, axiológicas e ontológicas, bem como com a criação dos precedentes judiciais vinculantes (art. 927, CPC/15), estaria mais próxima das normas positivadas a ponto de tornar-se fonte de direito. E refletir se a maior eficácia vinculante que lhe foi atribuída, quando a súmula emana do pleno ou órgão especial do Tribunal (art. 927, CPC/15), repercutiria ou não na eficácia temporal, diante dos princípios da segurança jurídica, proteção da confiança e direitos fundamentais em torno da dignidade da pessoa humana.

A jurisprudência seria meramente interpretativa, devendo, portanto, sempre retroagir? Para sugerir um posicionamento sobre o tema, ainda pouco explorado, apresentam-se alguns conceitos e entendimentos a respeito da natureza jurídica das súmulas, a partir de uma pesquisa descritiva e bibliográfica, e, após uma pesquisa jurisprudencial no âmbito trabalhista, a pesquisa, mais exploratória, tem caráter qualitativo utilizando o método lógico-dedutivo, a partir de uma apresentação de riscos e sugestões para diferenciar as espécies de jurisprudência para fins de definição dos efeitos temporais.

Desta forma, após a apresentação dos sistemas jurídicos e diferenciações conceituais, serão apresentadas as correntes doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema, inclusive quanto à natureza jurídica e eficácia vinculante das súmulas. Em sequência, serão expostos os riscos decorrentes da adoção da doutrina tradicional, a repercussão social e os princípios envolvidos, sugerindo-se mecanismos para que seja possível que a alteração jurisprudencial ocorra sem impactos tão profundos sobre a sociedade e para que se mantenha a própria higidez e confiabilidade do Poder Judiciário.

1 Jurisprudência, súmulas e precedentes judiciais

1.1 Sistemas jurídicos

Tradicionalmente, enquanto o sistema jurídico do *civil law*, de tradição romano-germânica, sempre privilegiou o uso da lei escrita, atribuindo à jurisprudência papel secundário, com função meramente persuasiva, na *common law*, há ampla referência à jurisprudência (TARUFFO, 2011), com força vinculante e observância por todas as instâncias vinculadas (LOBO; MORAES, 2011).

Costumava haver uma diferenciação dos sistemas pela força vinculativa dos precedentes jurisprudenciais, já que normalmente se atribui à jurisprudência apenas eficácia persuasiva, e não

vinculante, nos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica. Atualmente, a questão da existência ou não de precedentes não serve mais como diferencial (TARUFFO, 2011), vez que muitos países que adotam a *civil law* já incorporaram a figura dos precedentes judiciais, a exemplo do Brasil, a partir do Código de Processo Civil de 2015.

Atualmente, conquanto o direito pátrio tenha origem no sistema romano-germânico, sendo a lei fonte primária e imediata, há forte tendência de incorporação de algumas características do *common law* (LOBO; MORAES, 2011). Após o pós-positivismo e a superação da escola exegética de direito, tem havido uma aproximação entre estes sistemas. Tal se deve a inúmeros fatores, como a existência de controle difuso de constitucionalidade, a maior utilização da técnica de cláusulas abertas na legislação e a reconstrução hermenêutica, a partir da diferenciação entre texto legal e norma jurídica (MITIDIERO, 2015). Ainda, a recente perda de confiança da sociedade na justiça e a busca por decisões mais equânimes (isonomia) têm feito os países que adotam a *civil law* incorporar alguns parâmetros da *common law*, e vice-versa (LOURENÇO, 2011).

No Brasil, a incorporação dos precedentes judiciais com eficácia vinculante pelo Código de Processo Civil de 2015 e a maior valorização da jurisprudência vêm ocorrendo com a finalidade de imprimir maior segurança jurídica aos jurisdicionados, com a busca pela uniformização e estabilização da jurisprudência, e maior celeridade ao trâmite processual, garantindo a efetividade do processo (DONIZETTI, 2015). Todavia, essa crescente importância da jurisprudência consolidada nos comportamentos humanos mesmo em países de *civil law* exige atenção para que as “mudanças de jurisprudência sejam operadas de maneira responsável, controlável, e com considerações a respeito da segurança jurídica no tempo” (CABRAL, 2013, p. 18).

1.2 Diferenciações: jurisprudência, precedentes e súmulas

Jurisprudência pode ser entendida como “o resultado de um conjunto de decisões judiciais no mesmo sentido sobre uma mesma matéria proferidas pelos tribunais” (NEVES, 2016, p. 1298). Essas decisões reiteradas podem se fundamentar em meras decisões ou em precedentes judiciais, vinculantes e persuasivos, desde que possam ser utilizadas como razões do decidir em outros processos (DONIZETTI, 2015).

Precedente é, pois, a decisão judicial proferida em um caso concreto, mas que o transcende, podendo servir como diretriz

para o julgamento posterior de casos análogos (DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 442).

Ao solucionar judicialmente um caso, há a criação de uma norma jurídica de cunho individual para o caso concreto, normalmente exteriorizada pelo dispositivo da decisão, bem como a criação de norma de caráter geral, fruto da sua interpretação e compreensão dos fatos envolvidos na causa e da sua conformação ao Direito positivo. É esta norma geral construída pela jurisprudência (*ratio decidendi* ou *holding*) que se desprende do caso julgado e será aplicável a casos idênticos ou análogos (DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015), formando o precedente. O que forma o precedente é a *ratio decidendi*, e não as questões e argumentações que estão contidas na motivação da sentença, mas que não servem como fundamento jurídico da decisão, denominadas *obiter dicta* (TARUFFO, 2011).

As diferenças entre os conceitos de jurisprudência e precedente são de cunho quantitativo, vez que este trata de decisão relativa a um caso particular e aquela se refere a uma pluralidade de decisões relativas a vários casos concretos, além de diferença sob o ponto de vista qualitativo, pois o precedente fornece uma regra universalizável, que pode ser aplicada se os fatos forem idênticos ou análogos aos ali analisados, ao passo que os textos de jurisprudência normalmente se desvinculam dos fatos que foram objeto das decisões (TARUFFO, 2011).

Por outro lado, a “súmula é o enunciado normativo (texto) da *ratio decidendi* (norma geral) de uma jurisprudência dominante, que é a reiteração de um precedente” (DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 487). Ou seja, trata-se da consolidação objetiva da jurisprudência dominante, exteriorizando aos jurisdicionados, após determinado procedimento previsto em lei ou regimento interno, o entendimento prevalente de um tribunal (NEVES, 2016).

Logo, diferentemente dos precedentes, que nascem de uma decisão judicial que soluciona um caso específico (HIGASHIYAMA, 2011) e cuja motivação institui novo paradigma (*holding*) para “capilarizar outras decisões” (STRECK, 2009, p. 293), as súmulas são construídas por procedimento distinto do processo judicial a partir de reiteração de decisões naquele sentido e acabam se desvinculando dos precedentes que lhe deram origem (MACÊDO, 2014).

Cumprе destacar que há autores que afirmam, como elemento diferenciador, que a súmula desprender-se-ia da *ratio decidendi* dos julgados que lhe serviram como base (TARUFFO, 2011), enquanto outros destacam a importância de interpretar

as súmulas com base nestes precedentes, a partir do dever de identificação e congruência (MITIDIERO, 2015; REIS, 2014). Aliás, o § 2.º do art. 926 do CPC/15 dispõe que, na edição de súmulas, “os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”, o que ratifica o segundo posicionamento, evitando-se que os enunciados sumulares se distanciem da *ratio decidendi* dos precedentes que lhe fundamentam (MACÊDO, 2014, p. 379).

1.3 Jurisprudência inovadora e criativa

Para que não haja um “engessamento” jurisprudencial, admite-se que haja revisão de súmulas e superação de precedentes, cabendo observar um procedimento em contraditório diante da “quebra da estabilidade da jurisprudência” (CABRAL, 2013, p. 20).

Pode haver tanto a criação de súmulas como o seu cancelamento ou superação diante de alteração jurisprudencial. Para a superação dos precedentes, fala-se em *overruling*, passando a prevalecer um novo entendimento consubstanciado na *ratio decidendi* de outra decisão. “*Overruling* é a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente” (DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 494).

Assim, entende-se como jurisprudência inovadora aquela que substituiu um entendimento já consolidado, trazendo brusca e radical mudança de orientação jurisprudencial, o que acaba surpreendendo os jurisdicionados (MALLETT, 2006). É exatamente diante de radicais inovações jurisprudenciais que se deve dar maior atenção à eficácia temporal e princípio da segurança jurídica, conceitos que serão mais bem aprofundados nos tópicos seguintes.

Por sua vez, tem-se como criativa a súmula ou precedente que não apenas declara e aplica uma norma jurídica preexistente, mas em que há uma maior atividade criativa (LOURENÇO, 2011). No mesmo sentido, os precedentes podem ser classificados em declarativos, que reconhecem e aplicam uma norma existente, e, criativos, que criam e aplicam uma norma jurídica (DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015).

Dentro da jurisprudência criativa, estariam as “súmulas normativas”, expressão ora sugerida, que estão mais próximas das normas legisladas, por surgirem diante de lacunas legais, ainda que ontológicas ou axiológicas. Diniz (2009) classifica as lacunas em normativas, quando inexistente norma sobre determi-

nado caso, ontológicas, diante do envelhecimento da norma existente, que não mais corresponde aos fatos sociais, e axiológicas, quando há uma norma que não é justa, trazendo uma solução insatisfatória e que não atende aos fins a que se propõe.

Em qualquer desses casos, quer por trazer uma inovação bastante impactante (jurisprudência inovadora), quer por possuir uma atividade criativa muito evidente ou diante da função integradora (jurisprudência criativa), há uma maior preocupação com a eficácia temporal, cabendo averiguar a natureza jurídica, o princípio da segurança jurídica e os impactos sociais eventualmente produzidos.

2 Eficácia temporal das súmulas

2.1 Doutrina tradicional

De acordo com a doutrina tradicional, a jurisprudência teria apenas função interpretativa, vez que “explicitaria ou revelaria conteúdo latente da lei”, razão pela qual teria eficácia retroativa sempre. Para essa corrente, a jurisprudência não cria o direito, mas o interpreta, não havendo razão para se analisar a segurança jurídica e não cabendo invocar a existência de ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada (MALLET, 2006, p. 73).

Logo, por serem decorrentes de interpretações judiciais acerca de determinada tese jurídica, os enunciados sumulares não poderiam ter a sua aplicação limitada no tempo, aplicando-se a todos os fatos pretéritos à sua aprovação (HIGASHIYAMA, 2011)

No Brasil, ainda prevalece a teoria que atribui à jurisprudência mera eficácia persuasiva, entendendo que o magistrado não estaria limitado pelas instâncias superiores, em razão de sua independência funcional, sendo comum que nem mesmo os Tribunais Superiores observem a sua própria jurisprudência (LOBO; MORAES, 2011).

Também a jurisprudência majoritária é no sentido de total retroatividade das súmulas, como se pode verificar a partir dos excertos de acórdãos do Tribunal Superior do Trabalho:

Enunciado não é lei, e, dessa forma, não se aplica a ele a limitação temporal própria daquela, mesmo porque, constituindo a jurisprudência sedimentada do Tribunal, indica que, antes de ser editado, já predominavam os precedentes no sentido do seu conteúdo, o que afasta a alegação de aplicação retroativa (TST,

ROAR 387.687, SBDI-II, Rel. Francisco Fausto, J. 14.11.2000, DJU 07.12.2000, p. 602.)

Não se sujeitam os verbetes jurisprudenciais - que tão somente cristalizam determinado entendimento jurídico pacificado nos Tribunais - às regras de aplicação da lei no tempo. (TST - RR: 37600-79.2004.5.10.0012, Relator: Rosa Maria Weber Candiota da Rosa, Data de Julgamento: 22/10/2008, 3ª Turma, Data de Publicação: DJ 21/11/2008).

Como se vê, adota-se, de antemão, a teoria da retroatividade irrestrita das súmulas, sem a análise da repercussão prática e da segurança jurídica, deixando de analisar se a jurisprudência é inovadora ou criativa, ao se atribuir mera função declaratória à jurisprudência.

2.2 Jurisprudência: função criadora e efeitos jurídicos

O posicionamento tradicional, como visto, remete à escola exegética de direito, superada pelo pós-positivismo. Neste sentido, Dworkin (2003, p. 482) esclarece que “o Direito não é um dado em um determinado momento histórico, mas uma ciência em constante construção, que se adapta a cada geração e às necessidades de cada época”. Assim, é incorreto dizer que a jurisprudência não cria normas, mas apenas as interpreta, vez que a atividade criativa é inerente à atividade jurisdicional (MALLET, 2006).

A atividade judicial não se presta apenas a declarar um direito cuja produção já foi concluída, mas possui função criadora de direito, especialmente “quando um tribunal recebe competência para produzir também normas gerais através de decisões com força de precedentes” (KELSEN, 1999, p. 70).

A atividade criativa do juiz ocorre não apenas na criação da norma jurídica do caso concreto, mas também na criação da norma geral do caso, a qual poderá formar precedente judicial ou até mesmo súmulas (KELSEN, 1999; LOURENÇO, 2011).

Em contraposição, a teoria moderna passa a reconhecer força normativa à atividade judicial, especialmente quanto aos precedentes judiciais (SANTOS, 2013). Aliás, o Código de Processo Civil de 2015, buscando a coerência, a isonomia, a celeridade, a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais (DONIZETTI, 2015), acolheu a teoria dos precedentes, imprimindo eficácia vinculante (art. 927).

Assim, no Brasil, não apenas as súmulas vinculantes e decisões do STF em controle concentrado de constitucionalidade

possuem força obrigatória (art. 103-A, CF 88; art. 927, I e II, CPC), mas também os precedentes judiciais oriundos de súmulas do STF e STJ (art. 927, IV, CPC), de recursos repetitivos, de incidente de assunção de competência (art. 927, III) e de orientações de plenário ou órgão especial (art. 927, V).

A par da eficácia vinculante, os precedentes podem ter mera eficácia persuasiva, que não vincula os julgadores, servindo para orientá-los, além do efeito obstativo de recurso, quando puderem obstar a apreciação de recursos ou da remessa necessária (DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015).

Todavia, quanto às súmulas comuns, que não as vinculantes, sendo produzidas pelo plenário ou órgão especial dos tribunais, acabariam também por vincular os julgadores vinculados àquele tribunal, na forma o art. 927, V, do CPC/15. Neves (2016, p. 1299-1305), analisando essa inovação legislativa, sugere que sejam denominadas “súmulas com eficácia vinculante”, em contraposição às “súmulas vinculantes”, esclarecendo que aquelas vinculariam o próprio Tribunal e juízes vinculados, enquanto estas também vinculariam a Administração Pública, cabendo reclamação constitucional.

Portanto, atualmente, pode-se dizer que também as súmulas comuns possuem eficácia vinculante, conquanto restrita ao próprio âmbito do Tribunal, o que também se extrai da exposição de motivos do CPC/15, vez que buscou “criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize”.

2.3 Jurisprudência enquanto fonte de direito

Para a ampla maioria da doutrina, a jurisprudência não seria fonte formal de direito, mas fonte meramente secundária ou subsidiária (MANCUSO, 2007). Entretanto, vem crescendo a corrente que admite a atividade criativa, enquadrando-a como fonte de direito (DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015; LOURENÇO, 2011). Para Melo (2010, p. 3), “constitui o Direito vigente no país pela força criativa da jurisprudência que preenche lacunas, dissolve ambiguidades da obra legislativa e interpreta conceitos vagos ou indeterminados”.

Há, ainda, autores que atribuem natureza de fonte formal de direito apenas quando a jurisprudência possui declarada força vinculativa, a exemplo das súmulas com eficácia vinculante, que possuem caráter geral e abstrato, “já que nela se acumulam o comando e sua própria interpretação” (MANCUSO, 2007, p. 67).

Com relação aos precedentes judiciais, há ampla discussão doutrinária, especialmente após a vigência do CPC/15. Todavia, vem crescendo a corrente doutrinária reconhecendo o precedente judicial como fonte de Direito, diante da existência de uma norma geral criada, que é a *ratio decidendi*, além de que o seu descumprimento acarreta consequências similares às de um descumprimento legal (MACÊDO, 2014).

Ainda que se entenda que a jurisprudência, de forma geral, não seria fonte de direito, deve-se levar em consideração que as súmulas “são enunciados gerais e abstratos - características presentes na lei - que são editados visando à ‘solução de casos futuros’” (STRECK, 2009, p. 247), além de que, como visto, passaram a ter eficácia vinculante na forma o art. 927, V, do CPC/15.

Logo, sendo enunciados gerais e abstratos, que, da mesma forma que a lei, “somente adquirem vida no momento de sua aplicação” (STRECK, 2009, p. 248), com força vinculante ao Tribunal, ainda que não tenha a mesma amplitude que uma norma legal, defende-se ser fonte formal de direito (HIGASHIYAMA, 2011).

No âmbito trabalhista, a corrente que entende ser a jurisprudência fonte de direito ganha ainda mais força, tendo como adeptos Barros (2016), Delgado, M. (2016) e Nascimento (2011).

A consolidação das leis trabalhistas (CLT) surgiu em 1943, no governo de Getúlio Vargas, em um contexto em que se buscava a industrialização, tendo sido o modelo *justralhista* brasileiro “apropriado das experiências autocráticas europeias do *entreguerras*, fundando-se, em especial, no parâmetro fascista italiano” (NASCIMENTO, 2011, p. 125 e 403, grifo do autor). Além de a dinâmica da ordem trabalhista exigir constantes modificações legais, também houve uma mudança ideológica com a Constituição Federal de 1946 e, posteriormente, com a Constituição de 1988, o que contribuiu para o “envelhecimento” do diploma trabalhista (NASCIMENTO, 2011, p. 102).

Logo, havendo uma legislação antiga e que não mais atende ao contexto social em que está inserida, além das lacunas normativas, são inúmeras as lacunas ontológicas e axiológicas encontradas no direito trabalhista. Assim, a jurisprudência criativa acaba ganhando ainda mais força, existindo diversas “súmulas normativas” para integrar as lacunas legais. Esse é um dos motivos pelos quais a doutrina trabalhista tende a encarar a jurisprudência como fonte formal de direito e por que as súmulas e orientações jurisprudenciais do TST possuem tamanha força (SANTOS, 2013).

Somado a isso, observa-se que há a previsão legal de que a jurisprudência teria função integradora (art. 8, CLT), enquanto

o art. 4º da LINDB apenas remete à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de tal função (BARROS, 2016; DELGADO, M., 2016). No âmbito trabalhista, estando demasiadamente ultrapassada a legislação, já não adequada ao atual momento histórico, as súmulas acabam ganhando o importante papel de assegurar estabilidade, além da função impeditiva de recurso (BARROS, 2016), o que vem a ratificar ser a jurisprudência fonte de direito (NASCIMENTO, 2011).

Por fim, é importante expor a ressalva apresentada pelo ministro do TST, Maurício Godinho Delgado, para quem “as decisões singulares não seriam, de fato, fontes do Direito, por lhes faltar impessoalidade, abstração e generalidade”, ao passo que “as posições judiciais adotadas similar e reiteradamente pelos tribunais ganhariam autoridade de atos-regra no âmbito da ordem jurídica, por se afirmarem, ao longo da dinâmica jurídica, como preceitos gerais, impessoais, abstratos, válidos *ad futurum* – fontes normativas típicas, portanto” (DELGADO, M., 2016, p. 174).

2.4 Retroatividade da jurisprudência

Como visto, ainda há muita divergência quanto à eficácia vinculativa da jurisprudência e o seu enquadramento como fonte de direito, em especial no tocante às súmulas, muito embora a corrente que reconhece a eficácia vinculante e a natureza de fonte de direito vem crescendo em passos largos com a vigência do CPC/15. Ainda, tratando-se de jurisprudência inovadora ou criativa, tal discussão fica mais evidente.

A preocupação com a retroatividade das súmulas e precedentes decorre da maior força que se tem atribuído à jurisprudência, cada vez mais próxima da norma escrita, vez que “a jurisprudência consolidada condiciona comportamentos, gerando padrões de conduta estáveis” (CABRAL, 2013, p. 11). Assim, passa a ser necessário que a jurisprudência seja dotada de previsibilidade e calculabilidade, de maneira que os indivíduos que pautaram seus comportamentos confiando na manutenção do precedente consolidado devem ser alguma forma de proteção contra suas alterações (CABRAL, 2013). A mesma preocupação com a retroatividade das normas legais deve ser estendida à jurisprudência (MALLET, 2006).

A jurisprudência cristalizada nos tribunais nem sempre representa a consolidação de entendimento gradualmente sedimentado, havendo frequentes alterações jurisprudenciais abruptas (jurisprudência inovadora), além de jurisprudência que

não se presta apenas a declarar o texto legal, mas possui verdadeira função criativa, a exemplo das “súmulas normativas”. Por conta disso, assim como não pode a lei nova comprometer o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, a jurisprudência não deve ser aplicada, “indiscriminadamente e sem ressalvas, de forma retroativa, de modo a frustrar expectativas legitimamente criadas ou a infirmar comportamentos induzidos pelas decisões anteriores dos tribunais” (MALLETT, 2006, p. 82).

Em um Estado democrático de direito, é imprescindível que se desenvolva uma consciência social pautada no respeito ao direito, respeitando-se a sua unidade e as situações e relações estabelecidas com base na confiança qualificada na jurisprudência consolidada (MARINONI, 2010).

Na doutrina, encontra-se a posição que rejeita a irretroatividade da jurisprudência, majoritária, além daquela que entende que a regra deveria ser a irretroatividade (ANDRADE, 2010), amplamente minoritária. Entre os extremos, cresce a corrente mista, que entende ser a regra a retroatividade, mas que, em algumas situações, deve haver a modulação dos efeitos para garantir a segurança jurídica (MALLETT, 2006; HIGASHIYAMA, 2011; MENDES, 2010).

O que se defende não é a absoluta irretroatividade jurisprudencial, mas que sejam levados em consideração alguns parâmetros e limites à retroatividade, diante do princípio da segurança jurídica e proteção da confiança, garantindo-se a estabilidade e unidade do direito e a própria dignidade da pessoa humana, o que será objeto de estudo na próxima seção.

3 Superação da jurisprudência: segurança jurídica e mecanismos de proteção da confiança

3.1 Segurança jurídica e Estado de direito

A segurança jurídica é um valor ínsito à noção de Estado democrático de direito (art. 1º, CF 88), sendo um de seus principais pilares (RODOVALHO, 2012). Os conceitos estão entrelaçados, na medida em que a segurança jurídica visa à estabilidade, sendo essencial em um Estado de direito a previsibilidade das decisões judiciais e das consequências jurídicas das ações praticadas, bem como a continuidade da ordem jurídica (MARINONI, 2010).

Do conceito de segurança jurídica extraem-se alguns elementos, entre os quais a previsibilidade dos comportamentos, a estabilidade das relações jurídicas, diante da durabilidade e

anterioridade das normas e conservação de direito, além de soluções isonômicas e em conformidade com o princípio da legalidade, e confiança dos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e razoabilidade (CAMBI, 2014). Assim, além da natureza principiológica, trata-se de um fim (objetivo), uma função (social) do direito e um direito fundamental, sem o qual os indivíduos vagariam na incerteza, contaminando os demais direitos fundamentais (RODOVALHO, 2012).

Esse princípio foi incorporado pelos diplomas internacionais, a exemplo da Declaração do Homem e do Cidadão (1789), além de estar presente na Constituição Federal pátria já no preâmbulo e especialmente quando se trata da proteção ao ato jurídico perfeito, coisa julgada e direito adquirido (art. 5º, XXXVI), além de tratar-se de direito fundamental (art. 5º, *caput*).

Neste sentido, o Código de Processo Civil de 2015 demonstrou expressiva preocupação com a segurança jurídica, o que se verifica a partir da exposição de motivos:

O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas. Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando “segura” a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de “surpresas”, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta.

Afastando a abordagem estática da segurança jurídica, ligada à imutabilidade e inalterabilidade, a doutrina moderna traz a ideia de continuidade jurídica, que significa consistência, “assegurando estabilidade e permanência sem impedir a alteração das posições jurídicas estáveis” (DONIZETTI, 2015, p. 7). Trata-se de uma forma de “não bloquear totalmente as mudanças e simultaneamente preservar a segurança”, a partir de métodos e técnicas de preservação da segurança diante da superação jurisprudencial (CABRAL, 2013, p. 25-26).

A imprevisibilidade das decisões judiciais e a falta de continuidade judicial ofendem, de modo fundamental, os princípios do regime democrático, do respeito à dignidade humana, da valorização da cidadania e da estabilidade das instituições (DELGADO, J., 2014), o que ratifica a importância de, em algumas oportunidades, atribuir apenas efeitos prospectivos aos precedentes ou súmulas (MARINONI, 2010).

3.2 Proteção da confiança

A segurança jurídica é “densificada” pelo princípio da proteção da confiança, pois “assegura o respeito não apenas a situações consolidadas no passado, mas também às legítimas expectativas surgidas e às condutas adotadas a partir de um comportamento presente” (DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015, p. 470). Assim, sob o aspecto da proteção da confiança, a segurança jurídica deve proteger as expectativas dos jurisdicionados, que praticaram atos confiando na subsistência daquela conclusão no tempo, entendimento aplicável inclusive quanto às decisões jurisdicionais (CABRAL, 2013; MELO, 2010).

Partindo-se do pressuposto de que a jurisprudência assente e sedimentada, especialmente a sumulada, cria expectativas, produz confiança e induz comportamentos (MALLETT, 2006), a proteção da confiança gera a necessidade de limitação dos efeitos das decisões que revogam precedentes ou jurisprudência consolidada (MARINONI, 2013).

Se há instabilidade jurisprudencial, ou quando se reduz a uma verdadeira “loteria jurídica”, os cidadãos acabam sem saber se uma conduta é ou não albergada pelo direito, o que gera instabilidade social e enfraquece o próprio Estado e a sociedade (RODOVALHO, 2012, p. 2). Logo, a uniformização da jurisprudência e a sua continuidade fortalecem a segurança jurídica, pois induzem a confiança aos jurisdicionados, possibilitando uma expectativa legítima e garantindo um modelo de conduta seguro (LOURENÇO, 2011).

Marinoni (2010, p. 189) muito bem enfatiza a importância do princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança:

O cidadão precisa ter segurança de que o Estado e os terceiros se comportarão de acordo com o direito e de que os órgãos incumbidos de aplicá-lo o farão valer quando desrespeitado. Por outro lado, a segurança jurídica também importa para que o cidadão possa definir o seu próprio comportamento e as suas ações. O primeiro aspecto demonstra que se trata de garantia em relação ao comportamento daqueles que podem contestar o direito e têm o dever de aplicá-lo; o segundo quer dizer que ela é indispensável para que o cidadão possa definir o modo de ser das suas atividades.

Observa-se que a atribuição de eficácia necessariamente retroativa à jurisprudência é medida que gera insegurança jurídica, produz instabilidade e frustra legítimas expectativas criadas,

razão pela qual é salutar a modulação dos efeitos quando se tratar de jurisprudência inovadora ou criativa.

3.3 Coerência, integridade e estabilidade

O Código de Processo Civil de 2015 buscou uma maior previsibilidade, em busca da redução da insegurança jurídica e instabilidade dos entendimentos dos tribunais, quando, no artigo 926, previu de forma expressa que os tribunais têm o dever de uniformizar a sua jurisprudência e mantê-la “estável, íntegra e coerente”.

A coerência é elemento central para a garantia da própria integridade do direito (DWORKIN, 2003) e diz respeito à necessidade de os tribunais observarem seus próprios precedentes (dever de autorreferência) e de proferirem decisões coerentes em caso de situações análogas (dever de não contradição), o que ficou expresso nos enunciados 454 e 455 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (2015).

Por sua vez, estável é a jurisprudência que não se altera com frequência (NEVES, 2016), exigindo-se que qualquer mudança de posicionamento seja justificada, observando-se o dever de fundamentação (DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015). Atribuindo força normativa à jurisprudência, a exposição de motivos do CPC/2015 reforça que, “uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando sua alteração”.

Íntegra vem a ser a jurisprudência que considera as decisões já proferidas pelo tribunal a respeito da mesma matéria jurídica (NEVES, 2016), além de relacionar-se à ideia de unidade do direito (enunciado 456 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis 2015). Há integridade quando “o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas” (DWORKIN, 2003, p. 291).

Pautando-se na segurança jurídica, na proteção da confiança e nos deveres de coerência, estabilidade e integridade, além do respeito à dignidade da pessoa humana (MELO, 2010), quando há jurisprudência consolidada, a sua superação não poderia ter eficácia retroativa, o que também ocorre quando se trata de jurisprudência criativa, com função integradora, visto que os jurisdicionados acreditavam estar agindo em conformidade com o direito, não podendo, com base no princípio da boa-fé e na expectativa criada, serem surpreendidos (DONIZETTI, 2015).

3.4 Riscos da retroatividade – súmulas trabalhistas

A eficácia necessariamente retroativa da jurisprudência e a instabilidade jurisprudencial, além de gerarem grave insegurança jurídica, acabam gerando um maior número de demandas e encorajando a prática recursal, o que prejudica a celeridade e enfraquece o sistema judiciário (LOBO; MORAES, 2011). Sendo estável e coerente a jurisprudência, facilita-se a previsibilidade de acolhimento ou de rejeição de sua pretensão, garantindo a isonomia e desencorajando a prática recursal (MANCUSO, 2007).

Assim, quando se atribui eficácia necessariamente retroativa à jurisprudência, quebra-se a expectativa criada quanto à estabilidade e continuidade da jurisprudência, atingindo a segurança jurídica e direitos fundamentais dos jurisdicionados, que acreditavam estar em conformidade com o ordenamento jurídico (LOBO; MORAES, 2011). Por conta disso é que a jurisprudência que rompe de forma abrupta com a anterior (inovadora) ou traz uma inovação no ordenamento, diante de lacuna legal (criativa), deveria ter efeitos prospectivos ou observar alguns cuidados para a proteção da confiança dos jurisdicionados.

Como visto anteriormente, no direito do trabalho, a jurisprudência possui maior força normativa, vez que há previsão legislativa quanto ao caráter de integração das súmulas, além de a legislação estar envelhecida, havendo lacunas não apenas normativas, mas ontológicas e axiológicas. Todavia, ainda que a doutrina se incline a considerar a jurisprudência como fonte do direito, a jurisprudência ainda está tímida, prevalecendo que teria apenas efeito interpretativo e persuasivo e aplicando a eficácia retroativa.

Há alguns exemplos dos riscos que podem ser causados pela retroatividade incondicionada e falta de padronização (DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015). Nesta linha, a súmula 124 do TST previa a aplicação do divisor 180 aos bancários comuns, tendo sido alterada em 2012 para fixar o divisor 150 quando o sábado for expressamente dia de repouso semanal remunerado. Ocorre que, mesmo tendo havido mudança brusca de jurisprudência, o TST vem entendendo ser possível o recálculo de horas extras já pagas diante da alteração do divisor, em franca violação ao ato jurídico perfeito e ao princípio da proteção da confiança. No mesmo sentido, a alteração da súmula 261 do TST, pois o texto original afirmava não ser devido o pagamento de férias proporcionais quando o empregado se demitisse antes de completar um ano, e a nova redação passou a prever o contrário. Nos dois casos, houve grande inovação jurisprudencial, mas entendeu-se

pela sua retroatividade, sem preocupação alguma com a segurança jurídica ou eventual modulação de efeitos.

De forma diversa, em 2012, houve a alteração da súmula 277 do TST, que modificou totalmente a jurisprudência quanto à aderência das normas coletivas aos contratos de trabalho. Ocorre que, nesse caso, ainda que não tenha o plenário modulado os efeitos da alteração jurisprudencial, uma das turmas o fez (4ª turma - RR - 37500-76.2005.5.15.0004), o que acabou criando uma insegurança ainda maior, vez que as demais turmas aplicavam a inovação retroativamente.

Tais inconsistências tornam indispensável à análise de mecanismos para se permitir a superação de jurisprudência sem violar o princípio da segurança jurídica e direitos fundamentais dos jurisdicionados.

3.5 Mecanismos de proteção

Como regra, a eficácia temporal do precedente é retroativa, o que se estende às súmulas, de maneira que a revogação prospectiva, com efeitos *ex nunc*, decorreria da alteração de jurisprudência estável (DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015), havendo “confiança justificada no precedente” (MARINONI, 2013, p. 6).

De qualquer forma, entende-se que a alteração jurisprudencial deverá ser devidamente motivada (art. 93, IX, CF), observando-se o contraditório, a participação de *amicus curiae* e a realização de audiências públicas (NEVES, 2016, p. 1299), além de ampla divulgação aos jurisdicionados (CABRAL, 2013, p. 41). Aliás, o artigo 927 do CPC/15 expressamente prevê a possibilidade de audiências públicas e participação de *amicus curiae* (§2º), além da “necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia” (§4º).

Além desses cuidados, há a possibilidade de modulação dos efeitos, atribuindo-se eficácia prospectiva à alteração jurisprudencial. Já existem previsões legais nesse sentido, a exemplo do art. 2º, XIII, da Lei 9.784/99, que veda a “aplicação retroativa de nova interpretação” no processo administrativo, além do art. 27 da Lei 9.868/99, que prevê a modulação de efeitos em controle de constitucionalidade concentrado (MALLETT, 2006, p. 79). No mesmo sentido, o artigo 927, §3º, do CPC/15 possibilita a “modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica” no caso de inovação jurisprudencial.

Além de mecanismos reparatórios ou compensatórios, há a técnica preventiva, que é anterior à alteração da jurisprudência,

entre as quais está a “*signaling*”, derivada do sistema do *common law*, e a técnica do julgamento-alerta, do direito alemão (CABRAL, 2013). A partir da técnica “*signaling*”, o tribunal afirma a inconsistência ou desatualização da jurisprudência, sinalizando a sua provável alteração, mas a aplica, em face da segurança jurídica e proteção da confiança (DIDIER JR.; OLIVEIRA; BRAGA, 2015; MARINONI, 2010). Neste sentido, o enunciado 320 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (2015) indica que “os Tribunais poderão sinalizar aos jurisdicionados sobre a possibilidade de mudança de entendimento da corte, com a eventual superação ou criação de exceções ao precedente para casos futuros”.

Diferencia-se a “*prospective overruling*”, que significa a produção de efeitos apenas para o futuro, sem retroagir, da “*prospective-prospective overruling*”, quando se posterga “a produção de efeitos da nova regra”. Esta não se confunde com o *signaling*, pois a decisão proferida já altera o entendimento, ainda que postergando seus efeitos, e não apenas sinaliza a alteração. Para Marinoni (2013), atribuir efeitos *ex nunc* ou postergar a produção de efeitos da decisão pareceria melhor do que apenas sinalizar a alteração jurisprudencial, muito embora alerte para o fato de que deixar de aplicar o novo entendimento ao caso concreto acabaria não trazendo vantagens ao litigante, que não obtém a tutela jurisdicional integral.

Fala-se, ainda, na técnica de “anúncio público” ou de “decisões-alerta”, bastante utilizada no direito alemão, quando se busca anunciar aos jurisdicionados que existem reflexões quanto a eventual alteração jurisprudencial, o que pode se dar sob a forma de aviso público (CABRAL, 2013). Tal método, segundo Cabral (2013), reduz o impacto de eventual mudança de jurisprudência e informa aos jurisdicionados que não precisam mais seguir a jurisprudência antes consolidada, além de implementar um diálogo plural e tutelar a confiança legítima. Por outro lado, traz riscos de tornar a jurisprudência instável, especialmente no período de discussões.

Diferencia-se da sinalização, pois, enquanto na decisão-alerta somente se divulga a existência de discussões quanto a eventual alteração jurisprudencial, havendo possibilidade, no “*signaling*”, já existe conclusão pela superação do precedente, mas não se pronuncia de imediato para não ferir a segurança jurídica (MARINONI, 2013).

Conclusão

O direito brasileiro, de tradição romano-germânica, gradativamente vem apresentando sinais de influência do siste-

ma do *common law*, a exemplo da maior importância que vem sendo atribuída à jurisprudência e ao sistema de precedentes judiciais vinculantes do Código de Processo Civil de 2015.

Por mais que a doutrina tradicional e a ampla maioria dos julgados ainda considerem que a jurisprudência possui mero papel interpretativo, atribuindo-lhe efeitos retroativos, vem crescendo a corrente que considera que o ordenamento jurídico não é apenas composto de regras e princípios, mas também de precedentes judiciais e de súmulas, quer as vinculantes, quer as de eficácia vinculante junto ao Tribunal, principalmente após o Código de Processo Civil de 2015.

Trata-se de doutrina que atribui à jurisprudência não apenas função interpretativa, mas criativa, pois a atividade judicial não se restringe a “dizer o direito”, mas a produzir a norma individual para o caso concreto, além da norma geral, considerada a *ratio decidendi*. Além disso, teria função integrativa, quando, colmatando lacunas, normativas, axiológicas e ontológicas, faria as vezes de norma legal (“jurisprudência criativa”).

Neste ínterim, mesmo para a parte da doutrina moderna que entende não ser a jurisprudência fonte de direito ou não identifica a eficácia vinculante da súmula perante o tribunal de que emanou, é certo que deve haver uma preocupação com a segurança jurídica e com os direitos dos jurisdicionados diante de eventual alteração jurisprudencial. Isso porque, atualmente, não apenas as leis positivadas conduzem condutas, mas também a jurisprudência consolidada dos tribunais, razão pela qual se deve tutelar a proteção da confiança.

A partir da análise dos riscos que podem ser causados com a retroatividade geral das súmulas, e da alteração de sua natureza para aproximar-se cada vez mais das normas legais, principalmente no caso das súmulas que integram lacunas legislativas, é que se entende que a jurisprudência deve ter seus efeitos modulados quando for importante para garantir segurança jurídica e atender ao interesse social e à proteção da confiança.

A falta de uniformização da jurisprudência e de estabilidade ou continuidade jurisprudencial enfraquece o próprio Poder Judiciário, aumenta o número de demandas judiciais “aventureiras” e de recursos, o que compromete a celeridade processual e o próprio acesso à justiça, afetando direitos fundamentais dos jurisdicionados.

Com efeito, buscou-se demonstrar a importância da continuidade judicial, a partir da alteração jurisprudencial com cautela, não apenas diante de ampla fundamentação e divulgação do novo entendimento, mas observando-se a coerência e integridade judi-

cial e a flexibilização da eficácia temporal. Entre os mecanismos trazidos pela doutrina para tutelar a segurança jurídica e a proteção da confiança, estão a modulação dos efeitos, as decisões-alerta e o *signaling*, que indicam alteração de jurisprudência.

Todavia, entende-se ainda mais aconselhável que a superação jurisprudencial produza apenas efeitos prospectivos no caso de abrupta mudança jurisprudencial (jurisprudência inovadora) ou quando haja inovação no ordenamento jurídico (jurisprudência criativa ou normativa), para respeitar os atos praticados sob a égide do anterior entendimento jurisprudencial pacificado ou quando não havia qualquer regulação sobre o tema. De qualquer forma, recomenda-se que o próprio tribunal do qual emanou o precedente judicial ou enunciado de súmula já defina os efeitos produzidos, para que não se corra o risco de órgãos fracionários definirem de forma diversa, violando-se a isonomia, a segurança jurídica e enfraquecendo ainda mais a confiança no Poder Judiciário.

Portanto, a significativa importância dada à jurisprudência, especialmente a sumulada, com a eficácia vinculante dentro do tribunal reconhecida pelo CPC/15, torna a súmula fonte de direito, o que faz com que haja uma tendência de a análise da eficácia temporal das súmulas seguir a mesma dinâmica da alteração legislativa, observadas as peculiaridades expostas. Trata-se de uma forma de buscar atribuir maior confiabilidade ao Judiciário, fortalecendo-se a jurisprudência, diante da uniformização e continuidade, com a consequente redução de demandas e recursos e influência na celeridade processual.

Referências

ANDRADE, Adilson Souza. A segurança jurídica na dimensão do precedente: ponderações acerca da eficácia temporal das “reviravoltas” jurisprudenciais. *Revista de Ciências Jurídicas da UNIME*, Lauro de Freitas, n. 2/2010, dez. 2010. Disponível em: <<http://revistafcj.unime.blogspot.com.br/2011/04/edicao-dezembro-2010.html>>. Acesso em: 9 set. 2016.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: LTR, 2016.

CABRAL, Antônio do Passo. A Técnica do Julgamento-Alerta na mudança de jurisprudência consolidada. **RT Revista de Processo**, São Paulo, v. 38, n. 221, p. 13-48, jul. 2013.

CAMBI, Eduardo. Segurança jurídica e efetividade processual. **Revista dos Tribunais Sul**, v. 4, p. 175-190, mar.-abr. 2014.

DELGADO, José Augusto. **A Imprevisibilidade das Decisões Judiciais e seus Reflexos na Segurança Jurídica**. Superior Tri-

bunal de Justiça, revista on-line, abr/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001105/A%20IMPREVISIBILIDADE%20DAS%20DECIS%C3%95ES%20JUDICI%C3%81RIAS%20E%20SEUS%20REFLEXOS%20NA%20SEGURAN%C3%87A%20JUR%C3%8DDICA.doc>, Acesso em: 9 set. 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTR, 2016.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula. **Curso de Direito Processual Civil**. v. II. Salvador: Juspodivm, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **As Lacunas do Direito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DONIZETTI, Elpidio. A Força dos Precedentes no Novo Código de Processo Civil. **Revista UNIFACS**, n. 175, jan./2015. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3446/2472>>. Acesso em: 9 set. 2016.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ENUNCIADOS DO VI FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Vitória, maio 2015. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em: 9 set. 2016.

HIGASHIYAMA, Eduardo. Teoria do direito sumular. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 36, n. 200, p. 71-124, out. 2011.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 4. ed. São Paulo: Martins fontes, 1999.

LOBO, Arthur Mendes; MORAES, João Batista de. Desafios e avanços do novo CPC diante da persistente insegurança jurídica: a urgente necessidade de estabilização da jurisprudência. **Revista Brasileira de Direito Processual**, Belo Horizonte, v. 19, n. 74, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/40441>>. Acesso em: 9 set. 2016.

LOURENÇO, Haroldo. Precedente Judicial como Fonte do Direito: algumas considerações sob a ótica do novo CPC. **Revista Eletrônica Temas atuais de processo civil**, v. 1, n. 6, dez. 2011. Disponível em: <<http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-antiores/53-v1-n-6-dezembro-de-2011-166-precedente-judicial-como-fonte-do-direito-algumas-consideracoes-sob-a-otica-do-novo-cpc>>. Acesso em: 9 set. 2016.

MACÊDO, Lucas Buril de. O regime jurídico dos precedentes judiciais no Projeto do Novo Código de Processo Civil. **RT, Revista de Processo**, v. 237, p. 369-401, nov. 2014.

MALLET, Estevão. A jurisprudência sempre deve ser aplicada retroativamente? **Revista de Processo: RePro**, São Paulo, v. 31, n. 133, p. 67-84, mar. 2006.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. **Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante**. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Força dos Precedentes**. Salvador: jusPodivm, 2010.

_____. **Precedentes Obrigatórios**. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

MELO, Gustavo de Medeiros. Limites à retroatividade do precedente uniformizador de Jurisprudência. Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte, **Revista Direito e Liberdade**, v. 11, n. 2, 2010. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrj.usp.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/319>. Acesso em: 9 set. 2016.

MENDES, Clarissa Braga. **Segurança jurídica e correção das decisões**. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2010. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/84/disserta%C3%A7%C3%A3o_%20Clarissa%20Braga%20Mendes.pdf?sequence=1>. Acesso em: 9 set. 2016.

MITIDIERO, Daniel. Precedentes, Jurisprudência e Súmulas no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **RT, Revista de Processo**, v. 245, p. 333-349, jul. 2015.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2011.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume único. 8. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

REIS, Maurício Martins. As Súmulas são Precedentes Judiciais: de como as súmulas devem ser interpretadas como se fossem precedentes de jurisprudência. **RT, Revista de Processo**, v. 230, p. 417-437, abr. 2014.

RODOVALHO, Thiago. *Das rechtsstaatsprinzip* (o princípio do estado democrático de direito) e a segurança jurídica. **Revista forense**, Rio de Janeiro, v. 108, n. 415, p. 291-315, jan./jun. 2012.

SANTOS, Pablo Neves. Da aplicação do princípio da Irretroatividade nas súmulas trabalhistas. **Letras Jurídicas**, Centro Universitário Newton Paiva, v. 1, n. 1, jul.-dez. 2013. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/?p=152>>. Acesso em: 9 set. 2016.

STRECK, Lênio. Súmulas vinculantes em *terrae brasilis*: necessitamos de uma “teoria para a elaboração de precedentes”? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 78, p. 284-319, maio-jun. 2009.

TARUFFO, Michele. Precedente e Jurisprudência. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 199, ano 36, p. 139-155, set. 2011.

Lei 13.303/16 e os critérios para ocupar cargos na administração das estatais: um bom começo

Eduardo Alvez Weimer

Assessor Jurídico do Banco do Brasil em Brasília/DF

Pós-graduado em Direito do Estado pelo Centro

Universitário Ritter dos Reis, em Canoas/RS

Pós-graduado em Direito Empresarial pela

Universidade Cândido Mendes

Membro do Instituto de Direito e Economia do Rio

Grande do Sul

RESUMO

O artigo traça um panorama sobre a edição da Lei 13.303/16, conhecida como Lei das Estatais, tendo como foco analisar aspectos de governança corporativa, especialmente os requisitos e vedações para os potenciais ocupantes a cargos na alta administração (Conselho de Administração e Diretoria) das empresas estatais (artigo 17). Cotejando doutrina e estudos de entidades reconhecidas no assunto, além da interpretação dos dispositivos constitucionais e legais aplicáveis, o trabalho culmina com uma conclusão no sentido de apresentar ao leitor uma opinião sobre os benefícios trazidos pela nova legislação e a necessidade de vigilância e apoio de todos os envolvidos para que a norma ganhe efetividade.

Palavras-chave: Lei 13.303/16. Empresas estatais. Governança corporativa. Administradores. Requisitos e vedações.

ABSTRACT

The article outlines the edition of Law 13.303/16, known as the State's Enterprises Law, focusing on aspects of corporate governance, especially the requirements and prohibitions for potential occupants to senior management positions (Board of Directors and Officers) of the state enterprises (Article 17). Contrasting doctrine and studies of recognized entities in the subject, besides the interpretation of the applicable constitutional and legal provisions, the work culminates with a conclusion in order to present to the reader an opinion on the benefits brought by the new legislation and the need for vigilance and support of all those involved, so that the norm gains effectiveness.

Keywords: Law 13.303/16. State Enterprises. Corporate Governance. Board of Directors and Officers. Requirements and Prohibitions.

Introdução

Segundo a Constituição Federal, o exercício de atividade econômica pelo Estado, diretamente, deve ser excepcional e reservado a situações peculiares, relevantes e estratégicas, ocorrendo apenas quando for necessário aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. No mais, a atividade econômica cabe à iniciativa privada.

Nesse sentido, o art. 173¹ da Carta Magna é claro e indica a necessidade de lei que estabeleça o estatuto jurídico das empresas públicas, sociedades de economia mista e respectivas subsidiárias que explorem atividade econômica, dispondo sobre: (i) função social e fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (ii)

¹ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IV - a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

V - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º - lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.”

sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (iii) licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (iv) constituição e funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (v) mandatos, avaliação de desempenho e responsabilidade dos administradores; entre outros temas.

Motivo de acalorados debates jurídicos, econômicos e ideológicos, a participação do Estado na economia, por meio de suas empresas, que sempre esteve na pauta de discussões dos governos e partidos políticos, em decisões judiciais, nos estudos da comunidade acadêmica e de organismos da sociedade civil nacionais e estrangeiros, ganhou, em 2016, um novo e importante capítulo: a Lei 13.303, de 30 de junho de 2016 (Lei das Estatais).

Sem dúvida, a Lei das Estatais representa um dos mais relevantes movimentos legislativos no Brasil, em décadas, relacionados às empresas estatais, norma que contém consequências relevantíssimas no âmbito jurídico-legal do chamado Estado-empresário.

De amplo espectro, a Lei das Estatais está dividida em três títulos, sendo o primeiro relacionado com a governança corporativa, regime societário e critérios para ocupar cargos nos órgãos sociais das companhias, o segundo prevendo normas gerais de licitações e contratações e o terceiro trazendo disposições gerais voltadas a regular os prazos de *vacatio legis* e adaptação à Lei, além de questões relacionadas aos limites de gastos com publicidade.

No presente artigo, buscar-se-á analisar apenas a primeira parte da Lei, sendo objetivo principal traçar um breve panorama das novidades em termos de governança corporativa e, especialmente, avaliar a importância dos novos critérios para exercício de cargos na alta administração das empresas estatais.

1 O ambiente de aprovação da Lei 13.303/16

Desde o início da tramitação legislativa do Projeto de Lei do Senado nº 555, em agosto de 2015, até a sanção da Lei 13.303, em junho de 2016, eventos políticos, econômicos e sociais sacudiram, literalmente, o Brasil.

Trata-se de um momento (que ainda estamos vivendo) emblemático para o nosso país, iniciado a partir das revelações retumbantes da Operação Lava Jato, pela qual foram revelados

os maiores esquemas de corrupção de um país democrático e de direito a que se tem notícia, destaque em nível mundial.

As descobertas da Lava Jato – operação que tem como principal foco investigar a maior empresa estatal brasileira, constituída na forma de sociedade de economia mista (Petrobras), suas relações com políticos de inúmeros e variados partidos políticos e as maiores empreiteiras do país –, além da crise econômica, política e social, somaram-se (ou resultaram, a depender do ponto de vista) com o processo de impeachment (então em curso, ora concluído) que culminou com a perda do cargo da Presidente da República, Sra. Dilma Rousseff.

Esse cenário, não restam dúvidas, emoldurou e fez surgir a necessidade de uma resposta legislativa ao momento de instabilidade política, econômica e social vivido no país, desencadeado, como dito, por inúmeros fatores, entre os quais as revelações que colocaram em cheque a forma com que são conduzidos os negócios e tomadas as decisões relacionadas às empresas controladas pelo Estado.

Por isso, a Lei das Estatais deu relevo, por exemplo, à necessidade de autonomia das empresas controladas pelo Governo em relação ao ente controlador e aos órgãos e entidades de regulação e fiscalização, à imprescindível independência e desvinculação político-partidária ou sindical dos membros de seus órgãos estatutários, à separação de seus objetivos em relação às vontades deste ou daquele governante, à proteção do interesse dos seus acionistas e *stakeholders*, à eficiência empresarial, à transparência, enfim, à obediência aos melhores padrões de governança corporativa.

2 Autonomia das estatais, governança e supervisão ministerial

Neste ponto, é relevante dizer que a natureza jurídica das empresas estatais, sejam as empresas públicas ou as sociedades de economia mista, indica que o regime jurídico a elas aplicável é idêntico ao das empresas privadas.

Apesar de não ser um tema novo, é inquestionável a importância dessa discussão, renovada nesta quadra histórica, na qual os olhos da sociedade e dos Poderes da República (Executivo, Legislativo e Judiciário) se voltam às companhias controladas pelo Poder Público.

A sujeição das estatais ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários, advém de expressa previsão contida na Constituição Federal, artigo 173, §1º, II.

Eventuais exceções² ao dispositivo constitucional em destaque são trazidas no texto da própria Carta Magna, devendo qualquer norma infraconstitucional, seja uma lei, decreto, portaria, resolução etc., obedecer aos ditames constitucionais, sob pena de padecer do maior de todos os vícios.

Em que pese não haver hierarquia entre as estatais e a Administração Direta, as empresas públicas e as sociedades de economia mista estão sujeitas ao chamado *controle finalístico* ou *supervisão ministerial*, bem como ao controle externo e aos princípios norteadores da administração pública.³

Supervisão ministerial é expressão utilizada pelo Decreto-Lei nº 200/67, norma que apresenta as diretrizes pelas quais devem se pautar os ministérios quando supervisionarem empresas estatais.

Como regra, esse papel de supervisão – que compete aos Ministros de Estado – se dá com a prerrogativa que lhes é garantida de indicar membros para a composição dos órgãos de administração das entidades. Nesse sentido, aponta avalizada doutrina:

A supervisão ministerial exercida pelos Ministros de Estado em relação às entidades da Administração Pública indireta, que não permite nem a revogação nem a anulação dos atos administrativos emanados destas entidades, corresponde ao poder de tutela. Neste caso, a supervisão ministerial mais se aproxima de modalidade especial de controle político, exercido por meio da possibilidade de designação e afastamento dos dirigentes da entidade (FURTADO, 2010, p. 1110-1111).

O poder público, como controlador, pode disciplinar, através de atos normativos, as suas relações com as administrações das sociedades sob seu controle. Ao assim proceder, estará o poder público agindo como qualquer empresário privado que detenha o controle de um conjunto de empresas e que, por isso mesmo, precise manter um sistema de acompanhamento permanente e ordenado.

Nessa linha de entendimento, estruturou-se a supervisão ministerial, ou, no que concerne aos estados e municípios, a supervisão dos secretários e do próprio governador ou prefeito. As sociedades, inclusive, para

² São exemplos de exceções: a obrigatoriedade de concurso público (art. 37, II, CF), a fiscalização pelo Congresso Nacional – TCU (art. 70 e 71, CF), o orçamento anual (art. 165, III, §5º, CF).

³ Conforme art. 37, *caput*, da CF, os princípios são legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

efeito dessa supervisão, são vinculadas a um determinado ministério ou secretaria. Trata-se, com efeito, da pura e simples ordenação dos procedimentos de controle.

Essa supervisão insere-se no nível das relações internas de natureza administrativa e pode comportar normas muito particulares, desde que respeitados os princípios e regras consagrados na legislação das sociedades anônimas (BORBA, 1997, p. 26-27).

A atuação dos órgãos da Administração Direta – Ministros de Estado, por exemplo – deve obedecer à legislação societária, agindo a União como acionista controlador que é, seja na Assembleia Geral ou quando se utiliza da prerrogativa de indicar administradores para composição dos quadros da companhia.

Ora, quando o Estado resolve participar da economia, deve fazê-lo em igualdade de condições; como ensina Mukai (1999, p. 31): “há uma renúncia, exigida constitucionalmente por parte do Estado, com relação às suas prerrogativas, ditada pelo princípio da igualdade econômica”.

Em outras palavras, quando o Estado assume a condição de acionista controlador, tem os deveres e as responsabilidades previstos na Lei Societária, situação ora repisada na Lei das Estatais.

Nesta senda, é possível enxergar, na novel Lei 13.303/16, elementos que a compatibilizam com a Constituição Federal e com a melhor interpretação doutrinária e jurisprudencial. Cite-se, como exemplo, seu artigo 4º (grifos nossos):

Art. 4º Sociedade de economia mista é a **entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado**, com criação autorizada por lei, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios ou a entidade da administração indireta.

§ 1º A **pessoa jurídica que controla a sociedade de economia mista tem os deveres e as responsabilidades do acionista controlador**, estabelecidos na Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e **deverá exercer o poder de controle no interesse da companhia**, respeitado o interesse público que justificou sua criação.

§ 2º Além das normas previstas nesta Lei, a sociedade de economia mista com registro na Comissão de Valores Mobiliários sujeita-se às disposições da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976

E, nessa linha, a Lei das Estatais não permite dúvida quanto ao papel do acionista controlador, seus deveres e responsabili-

dades, obrigando-o a **agir no interesse da companhia**, sob pena de responder pelos atos praticados com **abuso de poder**, devendo preservar a **independência do conselho de administração** no exercício de suas funções, tudo em consonância com o estabelecido na Lei 6.404/76 (Lei das S.A.).

Art. 14. O acionista controlador da empresa pública e da sociedade de economia mista deverá:

I - fazer constar do Código de Conduta e Integridade, aplicável à alta administração, a vedação à divulgação, sem autorização do órgão competente da empresa pública ou da sociedade de economia mista, de informação que possa causar impacto na cotação dos títulos da empresa pública ou da sociedade de economia mista e em suas relações com o mercado com consumidores e fornecedores;

II - preservar a independência do Conselho de Administração no exercício de suas funções;

III - observar a política de indicação na escolha dos administradores e membros do Conselho Fiscal.

Art. 15. O acionista controlador da empresa pública e da sociedade de economia mista responderá pelos atos praticados com abuso de poder, nos termos da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

§ 1º A ação de reparação poderá ser proposta pela sociedade, nos termos do art. 246 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, pelo terceiro prejudicado ou pelos demais sócios, independentemente de autorização da assembleia-geral de acionistas.

§ 2º Prescreve em 6 (seis) anos, contados da data da prática do ato abusivo, a ação a que se refere o § 1º. (grifos nossos)

Ainda, para espancar as dúvidas quanto aos limites e contornos pelos quais o controlador deve pautar a sua atuação, a Lei 13.303/16 deixou claro que a supervisão ministerial não pode representar, jamais, redução na autonomia da empresa ou ingerência na administração e funcionamento da sociedade de economia mista, *in verbis*:

Art. 89. **O exercício da supervisão** por vinculação da empresa pública ou da sociedade de economia mista, pelo órgão a que se vincula, **não pode ensejar a redução ou a supressão da autonomia** conferida pela lei específica que autorizou a criação da entidade supervisionada ou da autonomia inerente a sua natureza, **nem autoriza a ingerência do supervisor em sua administração e funcionamento**, devendo a supervisão ser exercida nos limites da legislação aplicável. (grifos nossos)

Pelas razões expostas, fica nítido que a edição e a interpretação de toda e qualquer norma infraconstitucional, sejam as leis (ordinárias e complementares), os decretos ou as portarias, para guardarem respeito à Constituição Federal, devem preservar a autonomia financeira e administrativa das estatais, as quais estão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, sendo dever do Estado, enquanto acionista controlador, pautar a sua atuação pelos limites impostos pela Lei das S.A. e das Estatais, inclusive observando que o papel do ministério supervisor precisa estar circunscrito ao caráter de não intervenção na administração e funcionamento da empresa.

Portanto, a boa governança corporativa requer e exige que o Conselho de Administração e a Diretoria das sociedades anônimas, maiores órgãos na estrutura das empresas, abaixo, apenas, da Assembleia Geral de Acionistas, sejam ocupados por pessoas de elevada capacidade e idoneidade.

3 Requisitos e vedações para os cargos no Conselho de Administração e Diretoria das estatais – as novidades da Lei 13.303/16

Com esse espírito, a Lei das Estatais contemplou, em seu artigo 17⁴, dispositivo específico que trata dos requisitos e das vedações para ocupar cargo no Conselho de Administração e nas diretorias das Estatais.

Fica, da leitura do artigo 17, muito nítido que a preocupação do legislador, quanto ao tema, está centrada em dois eixos principais: de um lado, **capacidade técnica e experiência**

⁴ “Art. 17. Os membros do Conselho de Administração e os indicados para os cargos de diretor, inclusive presidente, diretor-geral e diretor-presidente, serão escolhidos entre cidadãos de reputação ilibada e de notório conhecimento, devendo ser atendidos, alternativamente, um dos requisitos das alíneas “a”, “b” e “c” do inciso I e, cumulativamente, os requisitos dos incisos II e III:

I - ter experiência profissional de, no mínimo:

a) 10 (dez) anos, no setor público ou privado, na área de atuação da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou em área conexas àquela para a qual forem indicados em função de direção superior; ou

b) 4 (quatro) anos ocupando pelo menos um dos seguintes cargos:

1. cargo de direção ou de chefia superior em empresa de porte ou objeto social semelhante ao da empresa pública ou da sociedade de economia mista, entendendo-se como cargo de chefia superior aquele situado nos 2 (dois) níveis hierárquicos não estatutários mais altos da empresa;

2. cargo em comissão ou função de confiança equivalente a DAS-4 ou superior, no setor público;

(incisos I e II e §§4º e 5º); de outro, **ética e independência** (incisos III, §§2º e 3º).

3. cargo de docente ou de pesquisador em áreas de atuação da empresa pública ou da sociedade de economia mista;

c) 4 (quatro) anos de experiência como profissional liberal em atividade direta ou indiretamente vinculada à área de atuação da empresa pública ou sociedade de economia mista;

II - ter formação acadêmica compatível com o cargo para o qual foi indicado; e

III - não se enquadrar nas hipóteses de inelegibilidade previstas nas alíneas do inciso I do *caput* do art. 1º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 135, de 4 de junho de 2010.

§ 1º O estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias poderá dispor sobre a contratação de seguro de responsabilidade civil pelos administradores.

§ 2º É vedada a indicação, para o Conselho de Administração e para a diretoria:

I - de representante do órgão regulador ao qual a empresa pública ou a sociedade de economia mista está sujeita, de Ministro de Estado, de Secretário de Estado, de Secretário Municipal, de titular de cargo, sem vínculo permanente com o serviço público, de natureza especial ou de direção e assessoramento superior na administração pública, de dirigente estatutário de partido político e de titular de mandato no Poder Legislativo de qualquer ente da federação, ainda que licenciados do cargo;

II - de pessoa que atuou, nos últimos 36 (trinta e seis) meses, como participante de estrutura decisória de partido político ou em trabalho vinculado a organização, estruturação e realização de campanha eleitoral;

III - de pessoa que exerça cargo em organização sindical;

IV - de pessoa que tenha firmado contrato ou parceria, como fornecedor ou comprador, demandante ou ofertante, de bens ou serviços de qualquer natureza, com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade em período inferior a 3 (três) anos antes da data de nomeação;

V - de pessoa que tenha ou possa ter qualquer forma de conflito de interesse com a pessoa político-administrativa controladora da empresa pública ou da sociedade de economia mista ou com a própria empresa ou sociedade.

§ 3º A vedação prevista no inciso I do § 2º estende-se também aos parentes consanguíneos ou afins até o terceiro grau das pessoas nele mencionadas.

§ 4º Os administradores eleitos devem participar, na posse e anualmente, de treinamentos específicos sobre legislação societária e de mercado de capitais, divulgação de informações, controle interno, código de conduta, a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013 (Lei Anticorrupção), e demais temas relacionados às atividades da empresa pública ou da sociedade de economia mista.

§ 5º Os requisitos previstos no inciso I do *caput* poderão ser dispensados no caso de indicação de empregado da empresa pública ou da sociedade de economia mista para cargo de administrador ou como membro de comitê, desde que atendidos os seguintes quesitos mínimos:

Experiência e tempo de atividade na área de atuação da Estatal e na função a ser assumida estão contemplados nos requisitos do inciso I e II, §§4º e 5º, do referido artigo 17.

Já a independência e autonomia vêm previstas na forma de vedações às pessoas: (i) que representem órgão regulador da empresa; (ii) que ocupem altos cargos na administração direta; (iii) que sejam dirigentes de partidos políticos; (iv) que sejam titulares de mandato legislativo; (v) que tenham atuado, nos últimos 36 meses, na estrutura decisória de partido político ou participado da organização de campanha eleitoral; (vi) que exerçam cargos em organização sindical; (vii) que tenham firmado contratos com o ente controlador da empresa estatal ou com a própria companhia nos últimos 3 anos anteriores à nomeação; e (viii) que tenham ou possam ter conflito de interesses com a empresa ou ente controlador.

Significa que os membros dos mais altos cargos das empresas estatais devem ter independência e autonomia para exercer suas atribuições, sempre com uma atuação pautada pelo melhor interesse da empresa, precisam possuir idoneidade e, ainda, capacidade técnica e experiência compatíveis com a importância das funções.

Nesse contexto, o inafastável objetivo da Lei é garantir que somente pessoas devidamente capacitadas, experientes e desvinculadas de interesses outros, como os político-partidários ou sindicais, ocupem os mais altos cargos das empresas estatais.

Esses requisitos e vedações vêm ao encontro da mais autorizada doutrina, bem como dos estudos feitos por organismos nacionais e internacionais que se preocupam com o tema.

Musacchio e Lazzarini (2015) corroboram, em pesquisa extensa e aprofundada, os principais desafios e problemas enfrentados pelas estatais, bem como as vantagens nas formas de participação do Estado na economia, se na condição de empreendedor (dono de 100% da empresa), de acionista majoritário (controle acionário), de acionista minoritário (sem controle acionário) ou de fomentador, por meio dos bancos estatais de fomento.

I - o empregado tenha ingressado na empresa pública ou na sociedade de economia mista por meio de concurso público de provas ou de provas e títulos;

II - o empregado tenha mais de 10 (dez) anos de trabalho efetivo na empresa pública ou na sociedade de economia mista;

III - o empregado tenha ocupado cargo na gestão superior da empresa pública ou da sociedade de economia mista, comprovando sua capacidade para assumir as responsabilidades dos cargos de que trata o *caput*.

Abordando os problemas de agência, os autores afirmam que nas estatais os desafios e as divergências entre o principal e o agente são ainda mais amplos e complexos do que nas empresas privadas:

Os aspectos referentes a agência têm sido usados principalmente para explicar os resultados empíricos de que o desempenho das empresas com participação estatal majoritária geralmente é inferior ao de empresas privadas comparáveis. Em resumo, essa visão afirma que os CEOs das estatais não estão motivados para empenhar-se na melhoria do desempenho e/ou não são bem monitorados pelo conselho de administração, nem pela agência reguladora competente, nem pelo ministro incumbido de supervisionar a empresa em questão. O problema de delegar as decisões a agentes cujos objetivos talvez não se alinhem com os dos principais vem sendo discutido há muito tempo por teóricos dos problemas de agência. As correções para o desalinhamento principal-agente normalmente envolvem contratos de incentivos ao desempenho ou de remuneração por desempenho para os gestores, monitoramento direto pelos principais ou combinação de ambas. A adoção dessas medidas, de acordo com essa visão, é muito mais difícil em estatais que em empresas privadas.

[...]

O monitoramento nas burocracias públicas também é problemático. Muitas atividades do setor público envolvem vários principais, dispersos em várias áreas. Ao mesmo tempo, os próprios gestores de estatais podem não saber quem é o principal mais importante e a quem devem prestar contas. Seria o governo, um ministro, uma holding estatal ou a população em geral? Não raro, os empregados das estatais sentem que eles próprios são o principal (MUSACCHIO; LAZZARINI, 2015, p. 90-91).

Os autores também referem que a intervenção política nas estatais é um dos principais problemas para os administradores dessas companhias, notadamente porque não se tem nitidez dos critérios e dos objetivos que a empresa deve perseguir:

Segundo, há o problema da intervenção política. Quando os governos intervêm na gestão das empresas estatais, geralmente duas são as consequências. De acordo com a visão social, os governos impõem o duplo resultado. Além disso, conforme a visão política, a intervenção adota a forma de clientelismo ou patronagem; a nomeação dos administradores da empresa na base de afiliação partidária ou da lealdade.

de a políticos no poder, em vez de sob o critério do mérito ou da capacidade de gerenciar a empresa (MUSACCHIO; LAZZARINI, 2015, p. 144).

Ao analisar as empresas do setor de petróleo em vários países do mundo, Musacchio e Lazzarini (2015, p. 222-223) apontam a influência nefasta dos governos, que ocasiona prejuízos aos acionistas minoritários e reduz a lucratividade da companhia:

Sem dúvida, a intervenção política em empresas petrolíferas é lugar-comum em todo o mundo. Não se sabe ao certo, contudo, do ponto de vista do modelo do Leviatã como investidor majoritário, por que os governos, às vezes, tentam retratar suas EPES como empresas de capital aberto bem-comportadas, que maximizam o lucro para os acionistas, se, no final das contas, o investidor majoritário se mostra disposto a expropriar os acionistas minoritários, desviando ou drenando lucros para “partes relacionadas”. As evidências apresentadas acima e as que vêm a seguir nos levam a concluir que o modelo do Leviatã como investidor majoritário deu ao governo do Brasil licença para expropriar acionistas minoritários e usar a Petrobras para propósitos sociais e políticos. Além disso, a falta de freios e contrapesos regulatórios, como na Noruega, e a posição dominante da Petrobras no setor petrolífero brasileiro permitiram que o governo interviesse, ou seja, que “regulasse” os preços à vontade, mesmo ao custo de reduzir a lucratividade.

Em suas conclusões, os autores reforçam a ideia de que a seleção de gestores competentes e comprometidos com os resultados das estatais é fundamental para que essas empresas consigam alcançar seus objetivos:

Portanto, o modelo do Leviatã como empreendedor tende a melhorar quando os governos priorizam a seleção de gestores profissionais competentes, com mentalidade pública. A gestão das empresas estatais, conforme essa visão, deve ser delegada a servidores públicos com senso de dever e inclinação para a retidão e para o profissionalismo. Embora, à primeira vista, essa reforma possa exacerbar o problema da agência – ou seja, os gestores profissionais podem sentir-se menos responsáveis perante seus governos –, também é possível que a autonomia gerencial crie os próprios incentivos para o desenvolvimento de uma classe burocrática qualificada, com longas carreiras nos respectivos setores. Trebat alega que “um staff

competente pode desenvolver, com o passar do tempo, reputação de profissionalismo que desestimula interferências por servidores públicos não tão bem treinados no ministério”.

No capítulo 4, por exemplo, testamos empiricamente a importância da seleção do CEO para as empresas estatais e descobrimos que os gestores formados pelas melhores universidades locais superam em desempenho os outros gestores. Se parte da variação no desempenho dessas empresas for explicada pela capacidade e pelo networking dos CEOs, os governos precisam escolher bons CEOs para evitar que as estatais se transformem em ônus para as finanças públicas em tempos normais e talvez reduzir as dificuldades durante as crises. Isso, por seu turno, exige o desenvolvimento de quadros de gestores capazes, formados por universidades de elite. Vários governos do sul da Ásia foram excelentes durante décadas na seleção e no treinamento de burocratas e de empregados de empresas estatais. Ao aumentar a competição para o ingresso no serviço público e ao continuar estimulando os empregados a desenvolver novas habilidades, esses governos atenuaram parte dos problemas de gestão que afligem as empresas tradicionais (MUSACCHIO; LAZZARINI, 2015, p. 330).

O modelo do Leviatã como investidor majoritário, em contraste, parece ser mais adequado quando há freios e contrapesos à interferência política ostensiva. A reforma das estatais pela abertura de capital, a fim de melhorar a transparência e a governança, não será suficiente se os governos ainda se sentirem tentados a interferir na gestão, dispondo de meios para tanto, de maneira que destrua valor para os acionistas minoritários (MUSACCHIO; LAZZARINI, 2015, p. 333, grifos nossos).

Os problemas na escolha de administradores despreparados ou comprometidos com interesses outros – que não os da estatal – estão plasmados também na excelente obra de Mário Engler Pinto Junior, de 2010, onde o autor não se furta em apresentar alternativas para solucionar essas dificuldades:

Sob o ponto de vista societário, é possível institucionalizar o posicionamento do acionista controlador favorável à composição diversificada do conselho de administração da companhia controlada, mediante sua introdução no estatuto social, em decorrência de lei ou de comando administrativo hierárquico. Nesse caso, o grupo de interesses cuja representação foi assegurada estatutariamente passa a ter direito subjetivo exercitável contra o próprio Estado, à se-

melhança da estipulação em favor de terceiro (cf. art. 854, Código Civil). Ainda com o objetivo de regular a composição do conselho de administração, nada impede que o estatuto social estipule requisitos adicionais de elegibilidade para os membros votados pelo Estado, além daqueles já previstos na lei do acionariado. A providência pode ser útil para coibir preventivamente o aparelhamento político-partidário da gestão da empresa estatal, o que afeta negativamente o desempenho econômico e a capacidade de cumprimento do respectivo mandato estatal.

[...]

A escolha dos administradores da empresa estatal está sujeita a ingerências políticas que podem privilegiar a orientação ideológica ou a vinculação partidária em detrimento da idoneidade moral, competência técnica e comprometimento com o verdadeiro interesse público. [...]

Para minimizar a distorção, o estatuto social (preferencialmente amparado em lei específica) poderia vedar a eleição de diretor com filiação partidária, assim como impor limite máximo à participação no conselho de administração de pessoas que se encontrem na mesma situação, ou que sejam ocupantes de cargos em comissão na mesma esfera de governo a que se acha vinculada a empresa estatal (PINTO JUNIOR, 2010, p. 408-409).

Também os estudos da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) corroboram a acertada opção legislativa, como é possível ler na obra *Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises*:

C. SOE board composition should allow the exercise of objective and independent judgement. All board members, including any public officials, should be nominated based on qualifications and have equivalent legal responsibilities.

[...]

Persons linked directly with the executive powers – i.e. heads of state, heads of government and ministers – should not serve on boards as this would cast serious doubts on the independence of their judgment.

For SOEs engaged in economic activities, it is recommended that board members have sufficient commercial, financial and sectoral expertise to effectively carry out their duties. In this respect, private sector experience can be useful.

[...]

E. Mechanisms should be implemented to avoid conflicts of interest preventing board members from objectively carrying out their board duties and to limit political

interference in board processes (ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, 2015, p. 74; 75).

No âmbito interno, a Lei, neste ponto, pode-se dizer, está em consonância com as diretrizes propostas pelo Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) em seu Caderno de Governança Corporativa para Sociedades de Economia Mista, valendo destacar os trechos a seguir:

A segregação entre a chamada função de propriedade e as demais funções exercidas pelo Estado, particularmente a regulação de determinados setores, tende a impedir que as SEMs provoquem distorções nas condições de livre concorrência nos mercados em que atua. Ao exercer a atividade regulatória de forma segregada do exercício da propriedade de bens, como ações, o Estado proporciona bases para que todas as empresas atuem sob as mesmas regras e condições, garantindo um ambiente de competição em bases igualitárias entre as companhias privadas e as SEMs, evitando o favorecimento às estatais. São nocivas e inaceitáveis práticas movidas por interesses político-partidários, como clientelismo, loteamento de cargos e nepotismo.

[...] Também é dever do acionista controlador garantir o efetivo funcionamento da estrutura de governança da empresa, particularmente do seu conselho de administração, respeitando e fazendo valer sua autonomia e independência. É este órgão que deve certificar-se de que a gestão da SEM se oriente por altos padrões de ética e profissionalismo na consecução do mandato e dos objetivos previstos no seu estatuto social (IBGC, 2015, p. 12; 14).

Outro ator importante nesse contexto é a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), órgão regulador do mercado de capitais brasileiro, de reconhecida capacidade e cuja atuação é relevatíssima para o desenvolvimento da economia nacional.

Pois a CVM teve a oportunidade de se manifestar, recentemente, sobre os requisitos e vedações previstos no art. 17 da Lei 13.303/16 e sua aplicabilidade às indicações feitas por empresas estatais para cargos em sociedades cujo controle acionário não é detido pelo Estado.

Vale dizer, o caso levado a julgamento dizia respeito à aplicabilidade (ou não) dos critérios previstos no art. 17 da Lei 13.303/16 àquelas situações nas quais o Estado, ou companhia por ele controlada, tem a prerrogativa de indicar pessoas para ocuparem cargos em Conselho de Administração ou Diretoria

de empresas em que o Estado é acionista minoritário, embora detenha participação significativa/relevante.

Em decisão tomada por unanimidade por seu Colegiado, nos autos do Processo Administrativo nº 19957.008923/2016-12, a CVM assentou o entendimento de que os requisitos e vedações constantes do art. 17 da Lei 13.303/16 aplicam-se, também, a essas hipóteses, ou seja, às indicações feitas por empresas estatais para cargos na administração de companhias cujo controle acionário não é detido pela empresa estatal.

Em apertada síntese, o caso julgado envolvia a indicação, pela Companhia Energética de Minas Gerais (CEMIG), do Sr. Giles Azevedo para ocupar cargo no Conselho de Administração da Light S.A. (Light), companhia privada onde o Estado possui participação acionária minoritária, considerando, ainda, que o Sr. Giles participou da organização da campanha eleitoral da reeleição da Presidente Dilma Rousseff.

Considerando que a CEMIG é uma sociedade de economia mista, cuja maioria das ações é detida pelo Estado de Minas Gerais, e que possui ações da Light em quantidade que não perfazem a maioria das ações com direito a voto, mas permitem-lhe indicar administradores (Conselheiros de Administração e Diretores), o Colegiado da CVM consignou que o art. 17 da Lei das Estatais deve ser observado para a indicação, pela CEMIG, aos cargos de administrador da Light.

Em várias passagens de seus votos, os Diretores da CVM apresentaram razões de ordem ética e privilegiaram a interpretação teleológica da Lei das Estatais, valendo destacar os seguintes excertos:

Voto do Presidente da CVM, Sr. Leonardo Gomes Pereira:

11. Tratando especificamente dos critérios de elegibilidade do art. 17, a norma veio para formalizar parâmetros de qualificação, experiência (especialmente no *caput* e incisos I e II) e independência (como os constantes do § 2º), características essenciais a quem pretende ocupar cargos de administração em companhias abertas, e já largamente reconhecidas e difundidas nos bons manuais e regras de governança corporativa.

12. Logo, e sem discutir o mérito dos critérios adotados, a essência da norma nesse ponto me parece clara, tendo o fito de privilegiar indicações técnicas em companhias controladas por empresas públicas ou sociedades de economia mista, evitando, assim, as indesejadas nomeações com conotação política.

13. Por se enquadrar na vedação prevista no art. 17,

§ 2º, II, da Lei das Estatais, graças à sua participação em campanha presidencial nas eleições de 2014, não há dúvidas de que o Sr. Giles não poderia ocupar cargo de administração na própria CEMIG, sociedade de economia mista.

14. De igual sorte, assim, não vejo razões, compatíveis com o espírito da norma, que autorizem a sua nomeação como administrador da Light, uma sociedade que, ao que tudo indica, está sujeita, no mínimo, à forte influência da CEMIG em seus negócios.

[...]

22. Entender de forma contrária, interpretando o alcance de suas vedações de forma excessivamente restritiva, na minha visão, não apenas esvaziaria o sentido e efetividade do art. 17, mas acabaria por afrontar a própria razão que justificou a criação da norma.

Voto do Diretor Henrique Balduino Machado Moreira:

15. Nesse diapasão, ainda que a Light possa ser considerada controlada pela Cemig nos termos do art. 116, da Lei nº 6.404/76, ela não é controlada nos termos da Lei das Estatais, pois a Cemig não possui direta ou indiretamente a maioria do capital votante. A Light, portanto, não está submetida à Lei nº 13.303, de 2016.

[...]

17. Com efeito, considerando as circunstâncias em que a lei foi editada e os objetivos almejados pelo legislador, é forçoso aplicar interpretação teleológica ao art. 17, da Lei das Estatais, a fim de conformá-lo às exigências sociais e aos princípios da justiça e do bem comum. Nesse contexto, é inequívoco que o citado dispositivo é aplicável à [sic] qualquer indicação feita por estatal, inclusive quando o indicado for ocupar cargo de administrador em empresa privada, com ou sem acordo de acionistas.

(...)

19. Aliás, à luz dos padrões de ética e governança que se pretendeu conferir às empresas estatais, não faria mesmo sentido a interpretação que permitisse ao ente público indicar para o cargo de administrador de uma empresa privada pessoa que não preenche os requisitos para exercer o mesmo cargo em seus quadros, destacadamente quando a vedação se refere aos conflitos de interesse que permeiam as esferas pública e o [sic] privada na gestão das empresas estatais.

Diga-se, por oportuno, que a decisão da CVM vem em muito boa hora, logo nas primeiras tentativas de esvaziar o espírito da norma.

E mais, espera-se que a decisão sirva como um parâmetro para as indicações que o Estado faça nas empresas das quais par-

ticipa, seja na estatais ou naquelas onde detém a prerrogativa de preencher cargos-chave na administração.

Aliás, em tempos de *capitalismo de laços*⁵, em que as formas diretas e indiretas de participação estatal na economia são bastante diversificadas, tais como as participações minoritárias acompanhadas de acordo de acionistas, ou aquelas em que o Estado detém uma *golden share*, ou, ainda, por meio dos fundos de pensão de grandes estatais, é relevantíssimo que sejam aplicados os critérios previstos no art. 17 da Lei 13.303/16 para quaisquer indicações que caibam ao Estado.

Conclusão

Em sede de conclusão, é possível dizer que a Lei 13.303/16, especialmente no que diz respeito aos requisitos e vedações aplicáveis aos potenciais ocupantes de cargos na alta administração das estatais, veio em boa hora e está alinhada com a melhor doutrina e os estudos de entidades respeitadas no tema governança corporativa de estatais, em âmbito nacional e internacional.

É certo que o universo das estatais é tão numeroso quanto variado, abrangendo empresas gigantes e listadas nas bolsas de valores de São Paulo e Nova York (Banco do Brasil e Petrobras, por exemplo) e outras bem menores, dependentes de recursos públicos para custeio (Embrapa e Conab, por exemplo).

Se, ainda, somarmos o número de estatais (companhias onde o Estado possui a maioria – ou todas – as ações ou quotas com direito a voto) com aquelas empresas onde o ente estatal, embora acionista minoritário (ou mesmo sem deter ações, diretamente), detém, ainda assim, a prerrogativa de participar, via indicação de pessoas, da administração, o espectro fica significativamente maior.

Independente disso, fato é que todas as companhias controladas ou participadas, direta ou indiretamente, pelo Estado devem ter na idoneidade, capacidade e autonomia de seus dirigentes um norte a seguir.

Por isso, os requisitos previstos no artigo 17 da Lei das Estatais longe de serem restritivos ou limitadores, são, isso sim, desejáveis e salutares.

⁵ A expressão “capitalismo de laços” foi cunhada por Sérgio Giovanetti Lazzarini em seu livro *Capitalismo de Laços: Os donos do Brasil e suas conexões*, obra contundente que destrincha com maestria as novas (ou nem tanto) formas (diretas e indiretas) de participação do Estado na economia.

Ética, independência, capacidade técnica e experiência são atributos que todos os cidadãos e os funcionários das estatais gostariam de ver naqueles que compõem os órgãos de administração nas companhias estatais.

Obviamente que a Lei, por si só, não será suficiente para que os resultados esperados pela sociedade brasileira sejam alcançados. É preciso vigilância e cooperação de todos os envolvidos direta ou indiretamente no assunto.

Aliás, foi noticiada, recentemente, a proposição de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI nº 5624/DF) na qual a Federação Nacional das Associações do Pessoal da Caixa Econômica Federal e a Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro questionam, entre outros dispositivos, o artigo 17 da Lei 13.303/16, inquinando-o de “ofensor de garantias individuais e desarrazoado”. Espera-se que o STF confirme a constitucionalidade da Lei e mantenha o avanço que ela representa.

É preciso que os Governos, de todas as esferas, respeitem a Lei e se preocupem em indicar pessoas aptas e idôneas para os cargos em referência; ministérios e secretarias devem exercer o que lhes incumbe, a *supervisão ministerial*, sem mais, sem menos; órgãos de regulação não devem fugir de sua missão – neste ponto, a CVM deu um grande exemplo na decisão antes referida; por fim, os dirigentes que vierem a ser escolhidos para administrar as estatais precisam ter na ética, na competência e na eficiência os seus maiores e constantes objetivos e compromissos.

Referências

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Sociedade de Economia Mista e Privatização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. **Processo Administrativo nº 19957.008923/2016-12**. Disponível em: <www.cvm.gov.br/decisoes/2016/20161227_R1/20161227_D0476.html>. Acesso em: 6 jan. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.624-DF**. Petição inici-

al disponível em: <www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5624&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 9 jan. 2017.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA (IBGC). **Boas práticas de governança corporativa para sociedades**

de economia mista. Coord. Carlos Velloso. São Paulo, 2015. (Série Cadernos de Governança Corporativa, 14).

LAZZARINI, Sérgio Giovanetti. **Capitalismo de Laços:** Os donos do Brasil e suas conexões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

MUKAI, Toshio. **Direito Administrativo Sistematizado.** 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MUSACCHIO, Aldo; LAZZARINI, Sérgio G. **Reinventando o capitalismo de Estado:** o Leviatã nos negócios: Brasil e outros países. 1ª ed. Tradução Afonso Celso da Cunha Serra. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2015.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OECD). **Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises.** 2015 Edition. Disponível em: <www.ocde.org/corporate/guidelines-corporate-governance-SOEs.htm>. Acesso em: 10 jan. 2017.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa Estatal:** função econômica e dilemas societários. São Paulo: Atlas, 2010.



PARTE 2

JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal

Execução. Ação coletiva. Rito ordinário. Associação. Beneficiários. Repercussão Geral.¹

EMENTA OFICIAL

EXECUÇÃO AÇÃO COLETIVA – RITO ORDINÁRIO ASSOCIAÇÃO – BENEFICIÁRIOS. Beneficiários do título executivo, no caso de ação proposta por associação, são aqueles que, residentes na área compreendida na jurisdição do órgão julgador, detinham, antes do ajuizamento, a condição de filiados e constaram da lista apresentada com a peça inicial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em, por maioria, desprover o recurso extraordinário, nos termos do voto do relator, em sessão presidida pelo Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 10 de maio de 2017 (Data de julgamento).

MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente e Relator.

RE 612.043. DJe 06/10/2017.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Adoto, como relató-

rio, as informações prestadas pelo assessor Dr. Vinicius de Andrade Prado:

A Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao apreciar o agravo de instrumento nº 2008.04.00.002314-0/PR, interposto durante a fase de cumprimento de sentença, assentou cabível a exigência de comprovação da filiação dos representados até a data da formalização da demanda. Apontou não se tratar de mandado de segurança, tampouco de ação civil pública, mas, sim, de ação coletiva submetida ao rito ordinário, ajuizada por entidade associativa com alegada base no artigo 5º, inciso XXI, da Lei Maior. Consignou aplicável o disposto no artigo 2º-A da Lei nº 9.494/1997, incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001, cujo teor é o seguinte:

Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a

¹ Disponível em: <<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=312903086&tipoApp=.pdf>>>

União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.

Concluiu necessário instruir-se a inicial do processo de execução coletiva com documentação comprobatória da filiação do associado até a propositura da demanda. Esta foi a ementa do acórdão:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA EM AÇÃO ORDINÁRIA DE CARÁTER COLETIVO PROPOSTA POR ASSOCIAÇÃO CIVIL. EXTENSÃO SUBJETIVA DA COISA JULGADA.

1. Na hipótese, não se trata de mandado de segurança coletivo (CF, art. 5º, LXX, alínea b), tampouco de ação civil pública (ante a vedação expressa à veiculação de pretensão envolvendo tributos, segundo o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 7.347/85). Trata-se, isso sim, de ação ordinária coletiva, proposta por entidade associativa, e por isso inaplicável a disposição do art. 8º, III, da CF, que se dirige a organizações sindicais (STF, AgRg em RE nº 225.965-3/DF, Relator Min. Carlos Velloso, DJ 05.03.1999). Em verdade, a associação autora encontra-se legitimada à presente demanda por força do inciso

XXI do artigo 5º da Constituição Federal.

2. Em se tratando de ação coletiva ordinária proposta por entidade associativa de caráter civil, os efeitos da coisa julgada em relação aos substituídos são regulados pelo artigo 2º-A da Lei nº 9.494/97, que dispõe que os efeitos da coisa julgada abrangem unicamente os substituídos que, na data da propositura da ação, tivessem domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator. De todo necessário, portanto, instruir-se a inicial da execução de sentença com a documentação comprobatória de filiação do associado até a data da propositura da ação.

3. Agravo de instrumento improvido.

(Agravo de instrumento nº 2008.04.00.002314-0, Primeira Turma, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, relator o juiz federal Joel Ilan Paciornik, Diário da Justiça eletrônico de 20 de maio de 2008)

Embargos declaratórios foram parcialmente providos para fins de prequestionamento, sem a atribuição de efeitos modificativos. Houve, então, a formalização de recursos especial e extraordinário.

No Superior Tribunal de Justiça, o especial de nº 1.121.747, interposto com arguida base na alínea "a" do permissivo constitucional, por suposta violação do artigo 2º-A da Lei nº 9.494/1997, foi distribuído ao ministro Herman Benjamin. Este obs-

tou-lhe a sequência, aludindo ao artigo 557, cabeça, do Código de Processo Civil de 1973, observando, de forma analógica, o verbete nº 284 da Súmula do Supremo.

No extraordinário, protocolado com apontado alicerce na alínea "a" do permissivo constitucional, a entidade associativa diz da ofensa aos artigos 1º, 5º, inciso XXI, e 109, § 2º, da Carta Federal, além da inconstitucionalidade do artigo 2º-A da Lei nº 9.494/1997. Conforme sustenta, restringir a abrangência dos efeitos da coisa julgada unicamente aos servidores associados até o momento do ajuizamento da ação coletiva implica desrespeito aos princípios da razoabilidade e do Estado Democrático de Direito, bem assim ao instituto da representação processual, previsto no artigo 5º, inciso XXI, da Lei Fundamental. Assevera possuir "legitimação extraordinária para a propositura de ação ordinária coletiva, atuando como representante processual dos servidores públicos federais a ela ligados." Entende impertinentemente o instituto da substituição processual, versando o caso:

[...] legitimação "plúrima" *ad causam*, segundo a qual a associação assume a condição de representante de um grupo "individualizado" de associados, de maneira que os efeitos da decisão judicial verificam-se tão-somente em relação aos seus associados, independentemente da data de filiação,

nos termos do art. 5º, XXI, da Constituição.

Assinala, considerada a cabeça do artigo 2º-A da Lei nº 9.494/1997, inexistir qualquer limitação temporal concernente à data de filiação do associado para fins de execução, mas apenas a exigência de os substituídos, quando do ajuizamento da ação, terem domicílio na seção judiciária da entidade associativa, o que também reputa inconstitucional. Argui a desproporcionalidade da restrição temporal, a impor, ante a morosidade dos processos judiciais, a necessidade de formalização de sucessivas ações, de idêntico teor, a englobar os servidores com filiação tardia. Postula, caso se admita a limitação a partir da leitura do artigo 2º-A da Lei nº 9.494/1997, a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo em face do artigo 5º, inciso XXI, da Carta da República, no que atribuída à associação legitimação extraordinária "para a representação judicial dos seus associados, sem imposições de quaisquer condições." Finaliza frisando a incompatibilidade do preceito com o § 2º do artigo 109 da Lei Maior. Segundo argumenta, uma vez estabelecida a competência do foro da seção judiciária em que domiciliado o autor para o processamento de ações contra a União, independentemente do domicílio dos filiados, não poderia o aludido artigo 2º-A diminuir a abrangência subjetiva da coisa julgada formada no processo coletivo para englobar somente os associados com domicílio no âmbito

territorial do órgão prolator da decisão.

Sob o ângulo da repercussão geral, anota ultrapassar a questão os interesses subjetivos das partes, ressaltando a importância desta sob os pontos de vista econômico, jurídico, social e político, em virtude da possibilidade de reprodução do caso em diversas ações coletivas. Sublinha estar-se em debate tema relativo à eficácia subjetiva das sentenças proferidas nas mencionadas ações propostas por entidade associativa. Afirma a inconstitucionalidade do artigo 2º-A da Lei nº 9.494/1997. A União, em contrarrazões, requer o desprovemento do recurso, referindo-se, mediante transcrição literal, aos fundamentos do acórdão recorrido. O extraordinário foi admitido na origem.

Vossa Excelência determinou, em 3 de junho de 2011, a devolução do processo ao Juízo remetente, presente a admissão da repercussão geral no recurso extraordinário nº 573.232/SC, então sob a relatoria do ministro Ricardo Lewandowski.

No dia 10 de agosto seguinte, reconsiderou o pronunciamento, entendendo que, diferentemente do objeto do citado processo, neste a controvérsia envolve a extensão dos efeitos de sentença prolatada em ação coletiva submetida ao rito ordinário, ajuizada por entidade associativa de caráter civil.

A repercussão geral da matéria foi reconhecida nos termos da ementa abaixo transcrita, publicada no Diário da Justiça

eletrônico de 10 de maio de 2012:

AÇÃO COLETIVA – SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL – ARTIGO 5º, INCISO XXI, DA CARTA DE 1988 – ALCANCE TEMPORAL – DATA DA FILIAÇÃO. Possui repercussão geral a controvérsia acerca do momento oportuno de exigir-se a comprovação de filiação do substituído processual, para fins de execução de sentença proferida em ação coletiva ajuizada por associação – se em data anterior ou até a formalização do processo.

O Ministério Público Federal opina pelo provimento do extraordinário. Salienta que a associação age em substituição processual, aludindo aos artigos 5º, inciso XXI, da Carta da República e 6º do Código de Processo Civil de 1973. Sustenta não ser caso de eficácia reflexa da preclusão maior, dizendo ser do substituído o direito material perseguido. Conforme discorre, a filiação após a fase de conhecimento não revela ofensa aos limites subjetivos e objetivos da coisa julgada. Aponta a necessidade de interpretar-se o artigo 2º-A da Lei nº 9.494/1997 em sentido teleológico, evitando-se tumultos e entraves à prestação jurisdicional, considerada a irrelevância prática do momento da filiação.

Vossa Excelência admitiu a participação do Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC e da Federação Brasileira de Bancos – FEBRABAN e indeferiu pedidos em idênti-

co sentido formulados pelo Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil – SINDFISCO Nacional, pela Associação Nacional dos Servidores da Justiça do Trabalho – ANAJUSTRA, pelo Estado de São Paulo e pela Associação dos Oficiais da Polícia Militar do Estado da Bahia – AOPM.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – Atendeu-se aos pressupostos de recorribilidade. A peça, subscrita por profissional da advocacia credenciado, foi protocolada no prazo legal, ante a regência pelo Código de Processo Civil de 1973. Publicado o acórdão impugnado em 29 de outubro de 2008, quarta-feira, interpôs-se o recurso em 11 de novembro seguinte, terça-feira.

Cumpra assentar as balizas subjetivas e objetivas do caso concreto visando a delimitação da controvérsia submetida ao crivo do Supremo. Determinada Associação propôs ação coletiva, sob o rito ordinário, contra a União, objetivando a repetição de valores descontados a título de imposto de renda de servidores, incidente sobre férias não usufruídas por necessidade do serviço.

Com a procedência do pleito no processo de conhecimento e o subsequente trânsito em julgado, foi deflagrado, pela Associação, o início da fase de cumprimento de sentença. Nesta, o Tribunal Regio-

nal Federal da 4ª Região veio a assentar, em sede de agravo, a necessidade de a peça primeira da execução vir instruída com documentação comprobatória de filiação do associado em momento anterior ou até o dia do ajuizamento da ação de conhecimento, observado o disposto no artigo 2º-A, parágrafo único, da Lei nº 9.494/1997, incluído pela Medida Provisória nº 2.180-35/2001.

Desprovidos declaratórios, sobreveio extraordinário, interposto com alegada base na alínea “a” do permissivo constitucional, no qual se alega contrariedade aos artigos 1º, 5º, inciso XXI, da Lei Maior, além da inconstitucionalidade do artigo 2º-A, parágrafo único, da Lei nº 9.494/1997.

Consoante consignado quando da admissão da repercussão geral da matéria, cumpre definir o momento adequado de exigir-se a comprovação de filiação daqueles representados pela Associação, para fins de execução de sentença proferida em ação coletiva.

Ressalto a proximidade da lide com aquela dirimida pelo Pleno, em 14 de maio de 2014, no extraordinário de nº 573.232/SC, também submetido ao regime da repercussão geral, cujo acórdão foi por mim redigido. Naquele caso, terceiros, que não tinham anuído à propositura de determinada demanda por certa associação, buscavam executar o título executivo surgido. Na oportunidade, considerado o artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Fede-

ral, o Tribunal proclamou a indispensabilidade de prévia e específica autorização dos associados para ajuizamento de ação, por associação civil, a envolver interesses destes, sendo insuficiente a constatação de previsão genérica no estatuto. Embora a controvérsia, na medida em que admitida a repercussão geral, estivesse limitada, naquela ocasião, à necessidade de autorização expressa dos associados, acabou-se por avançar, em decorrência da óptica veiculada, no tema em discussão neste processo. Ficou asentado, então, entendimento segundo o qual a extensão subjetiva do título executivo formado alcança somente os associados representados no ato de formalização do processo de conhecimento, presentes a autorização expressa conferida à entidade e a lista contendo o rol de nomes anexada à inicial. Confiaram a ementa:

REPRESENTAÇÃO ASSOCIADOS ARTIGO 5º, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALCANCE. O disposto no artigo 5º, inciso XXI, da Carta da República encerra representação específica, não alcançando previsão genérica do estatuto da associação a revelar a defesa dos interesses dos associados.

TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL – ASSOCIAÇÃO – BENEFICIÁRIOS. As balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, é definida pela representação no processo de conhecimento, presente a autorização ex-

pressa dos associados e a lista destes juntada à inicial.

(Recurso extraordinário nº 573.232, Pleno, relator o ministro Ricardo Lewandowski, redação do acórdão a mim atribuída, Diário da Justiça eletrônico de 18 de setembro de 2014)

Sustento, no tocante à questão debatida, as mesmas razões que perfilhei no julgamento do precedente. Faz-se em jogo definir se é legítima a adoção de marco temporal relativamente à filiação de associado para efeito da execução de sentença proferida em ação coletiva de rito ordinário. Em síntese, cabe esclarecer se filiados em momento posterior ao da formalização do processo de conhecimento e que, por esse motivo, não constaram da relação de nomes anexada à inicial da demanda, tendo em vista o artigo 2º-A da Lei nº 9.494/1997, são alcançados e beneficiados pela eficácia da coisa julgada.

É válida a delimitação temporal. Diversamente da regência alusiva a sindicato, observados os artigos 5º, inciso LXX, e 8º, inciso III, da Lei Maior, no que se verifica verdadeiro caso de substituição processual, o artigo 5º, inciso XXI, nela contido, concernente às associações, encerra situação de representação processual a exigir, para efeito da atuação judicial da entidade, autorização expressa e específica dos membros, os associados, presente situação próxima à de outorga de mandato, não fosse a possibilidade de concessão da referida anuência em

assembleia geral. Eis o teor do preceito:

Art. 5º [...]

[...]

XXI – as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

Sobre a distinção, já em 1998, quando integrava a Segunda Turma, e dela tenho saudade, especialmente na área penal, tive oportunidade de consignar, na condição de relator, ao apreciar o recurso extraordinário nº 192.305-9/SP:

[...]

Dúvidas não pesam sobre a distinção entre o instituto previsto no inciso XXI – representação – e no inciso LXX – substituição processual –, ambos do rol das garantias constitucionais. As associações representam os filiados, judicial ou extrajudicialmente, quando expressamente autorizadas, enquanto os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, substituem membros ou associados, em juízo, considerada a ação constitucional que é o mandato de segurança.

[...]

(Recurso extraordinário nº 192.305-9/SP, Segunda Turma, Diário da Justiça de 21 de maio de 1999)

Ante o conteúdo da Constituição Federal, autorização expressa pressupõe associados identificados, com rol determinado, aptos à deliberação. Nessa situação, a associação, além de não atuar em nome próprio, persegue o reconhecimento de interesses dos filiados, decorrendo daí a necessidade da colheita de autorização expressa de cada qual, de forma individual, ou mediante assembleia geral designada para esse fim, considerada a maioria formada. Esse foi o entendimento adotado pelo Pleno no julgamento da ação originária nº 152/RS, relator o ministro Carlos Velloso, acórdão publicado no Diário da Justiça de 15 de setembro de 1999, e pela Segunda Turma, no extraordinário há pouco mencionado. A especificidade da autorização deve ser compreendida sob o ângulo do tema, no que individualizado o interesse a ser buscado, e da vontade, mesmo que em assembleia geral. Em qualquer caso, antecedendo a propositura da demanda.

Qual o motivo? Segundo fiz ver no julgamento do recurso extraordinário nº 573.232/SC, a enumeração dos associados até o momento imediatamente anterior ao do ajuizamento se presta à observância do princípio do devido processo legal, inclusive sob o enfoque da razoabilidade. Por meio dela, presente a relação nominal, é que se viabiliza o direito de defesa, o contraditório e a ampla defesa. Confirmam o seguinte trecho do voto que profere na ocasião:

[...]

Indago: formado o título executivo judicial, como o foi, a partir da integração na relação processual da associação, a partir da relação apresentada por essa quanto aos beneficiários, a partir da autorização explícita de alguns associados, é possível posteriormente ter-se – e aqui penso que os recorridos pegaram carona nesse título – a integração de outros beneficiários?

A resposta para mim é negativa. Primeiro, Presidente, porque, quando a Associação, atendendo ao disposto na Carta, juntou as autorizações individuais, viabilizou a defesa da União quanto àqueles que seriam beneficiários da parcela e limitou, até mesmo, a representação que desaguou, julgada a lide, no título executivo judicial.

Na fase subsequente de realização desse título, não se pode incluir quem não autorizou inicialmente a Associação a agir e quem também não foi indicado como beneficiário, sob pena de, em relação a esses, não ter sido implementada pela ré, a União, a defesa respectiva.

Creio, e por isso disse que a situação sequer é favorável a elucidar-se a diferença entre representação e substituição processual, a esclarecer o alcance do preceito do inciso XXI do artigo 5º, que trata da necessidade de a associação apresentar autorização expressa para agir em Juízo, em nome dos associados, e o do preceito que versa o mandato de segurança coletivo e revela o sindicato como substituto processual. Nesse último

caso, a legitimação já decorre da própria Carta – representação gênero – e também da previsão do artigo 8º, do qual não me valho. Estou-me valendo apenas daquele referente às associações.

Presidente, não vejo como se possa, na fase que é de realização do título executivo judicial, alterar esse título, para incluir pessoas que não foram inicialmente apontadas como beneficiárias na inicial da ação de conhecimento e que não autorizaram a Associação a atuar como exigido no artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal. [...]

Uma vez confirmada, naquela assentada, a exigência de autorização específica dos associados para a formalização da demanda, decorre, ante a lógica, a oportunidade da comprovação da filiação até aquele momento. A condição de filiado é pressuposto do ato de anuir com a submissão da controvérsia ao Judiciário.

Não vejo, pelos argumentos expendidos, a alegada inconstitucionalidade do artigo 2º-A da Lei nº 9.494/1997, a dispor:

Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União,

os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembleia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.

Em Direito, os fins não justificam os meios. Descabe potencializar a prática judiciária, tendo em vista a possível repetição de casos versando a mesma matéria, para buscar respaldar o alargamento da eficácia subjetiva da coisa julgada formada. Essa não é a solução adequada, considerado o efeito multiplicador, uma vez previstos, na legislação ordinária, mecanismos de resolução de casos repetitivos. O Estado Democrático de Direito é, antes de mais nada, liberdade, mas liberdade materializada mediante a estrita observância do devido processo legal.

A problemática da eficácia territorial do pronunciamento judicial é resolvida a partir da jurisdição do órgão julgador, isso em se tratando de ação plúrima submetida ao rito ordinário. Esse mesmo enfoque seria observado se ajuizada a ação, diretamente, pelos próprios beneficiários do direito, não havendo tratamento diverso atuando a associação como representante.

Conheço e desprovejo o extraordinário, declarando a constitucionalidade do artigo 2º-A da Lei nº 9.494/1997.

Proponho a seguinte tese: a eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes de relação juntada à inicial do processo de conhecimento.

É como voto.

DECISÃO

Após o voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), negando provimento ao recurso, o julgamento foi suspenso. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Impedido o Ministro Roberto Barroso. Falaram: pela recorrente, Associação dos Servidores da Justiça Federal no Paraná – ASSERJUSPAR, o Dr. Cláudio Santos da Silva; pela recorrida, União, o Dr. José Péricles Pereira de Sousa, Procurador da Fazenda Nacional; pelo *amicus curiae* Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC, o Dr. Walter José Faiad de Moura; pela Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor – MPCON, o Dr. Camilo Zufelato; pelo *amicus curiae* Federação Brasileira de Bancos – FEBRABAN, o Dr. Rafael Barroso Fontelles. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 4.5.2017.

DECISÃO

O Tribunal, apreciando o tema 499 da repercussão geral, por maioria e nos termos do voto do Relator, desproveu o recurso extraordinário, declarando a constitucionalidade do art. 2º-A da Lei nº 9.494/1997. Vencidos o Ministro Ricardo Lewandowski, que dava provimento ao recurso, e os Ministros Alexandre de Moraes e Edson Fachin, que a ele davam parcial provimento, nos termos de seus votos. Em seguida, o Tribunal, nos termos do voto do Relator, fixou a seguinte tese: “A eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o fossem em momento anterior ou até a data da propositura da demanda,

constantes da relação jurídica juntada à inicial do processo de conhecimento”. Na redação da tese, a Ministra Rosa Weber acompanhou o Ministro Relator com ressalva. Ausentes, justificadamente, os Ministros Dias Toffoli e Celso de Mello. Impedido o Ministro Roberto Barroso. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 10.5.2017.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. José Bonifácio Borges de Andrada.

P/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário.

Supremo Tribunal Federal

Usurpação de competência do STF. Órgão Especial do TST.¹

DECISÃO

Trata-se de reclamação, com pedido de medida liminar, **na qual se alega** que o Órgão Especial do E. Tribunal Superior do Trabalho (**Processo** nº 0000132-38.2013.5.08.0007) **teria usurpado** a competência desta Suprema Corte.

A parte reclamante, **para justificar** a alegada ocorrência de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, **sustenta**, em síntese, **o que se segue**:

“1.1. DA USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO C. STF – APESAR DE NÃO HAVER QUALQUER REMISSÃO À SISTEMÁTICA DE REPERCUSSÃO GERAL NO DESPACHO QUE ANALISOU O RECURSO EXTRAORDINÁRIO DA EMPRESA, O RECURSO DE AGRAVO DA MESMA FOI RECEBIDO COMO AGRAVO INTERNO.

A Reclamante Caixa Econômica Federal pretende com a presente medida que seja cassada decisão do Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho que indevidamente obsteu o regular seguimento de Recurso de Agravo do art. 1.042 do Novo CPC, usurpan-

do competência do Supremo Tribunal Federal. Tal como será demonstrado na presente Reclamação, todos os óbices utilizados para obstar a subida do apelo extraordinário da Reclamante não se sustentam e, com a devida vênia, não encontram qualquer respaldo na legislação processual civil de regência – em verdade, tiveram o único objetivo de impedir a análise meritória do caso pelo c. STF, em situação na qual a remessa do apelo era providência mandatória.

.....
Cumpre esclarecer, de início, que o Recurso Extraordinário interposto pela empresa pública já tinha sido objeto do pertinente despacho de admissibilidade, **o qual denegou o seguimento ao apelo extraordinário** por decisão do Exmo. Sr. Ministro Vice Presidente do c. TST publicada em 13/05/2016 (conforme toda a documentação acostada à presente medida). Ocorre que tal despacho foi adotado sem remissão à sistemática de repercussão geral, de modo que a empresa recorrente interpôs o competente recurso de Agravo do art. 1.042 do Novo CPC para o c. STF. A partir daí, a providência natural para o feito seria o encaminhamen-

¹ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=312559770&tipoApp=.pdf>>

to para exame do c. Supremo Tribunal Federal. Essa seria a providência natural e imprescindível para o caso, sob pena de usurpação da competência do c. STF.

Contudo, não foi isso que ocorreu. Em vez de remeter o Recurso Extraordinário com Agravo para o c. STF, foi profereido, ainda no âmbito da Corte trabalhista, um denominado 'Despacho de Expediente' determinando a autuação do recurso como agravo interno e, ato contínuo, a inclusão do feito para julgamento perante o Órgão Especial do c. TST (...).

Mas não é só isso – ocorreu usurpação da competência do c. STF também por outro motivo. Com todas as vênias, é patentemente equivocado o enquadramento do presente feito no Tema 735 do STF, na forma em que efetuado pelo Órgão Especial do c. TST, no acórdão que decidiu o recurso da empresa inadequadamente recebido como agravo interno (ressalte se novamente que a aplicação de tese de repercussão geral ocorreu somente no acórdão do Órgão Especial, e não no despacho que inadmitiu o Recurso Extraordinário)." (grifei)

Presente esse contexto, passo a examinar o pedido formulado pela parte reclamante, **registrando, desde logo, que se revela possível** a apreciação imediata do mérito da presente reclamação, **dispensada, até mesmo, a prévia audiência** do Ministério Público (RISTF, art. 52, parágrafo único), **sempre** que a

pretensão deduzida pelo autor do instrumento reclamatório **tiver inteiro suporte** em diretriz jurisprudencial **consolidada** no âmbito do Supremo Tribunal Federal, **como tem sido observado** por eminentes Juízes desta Corte Suprema (**Rcl 15.496/BA**, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – **Rcl 16.078/BA**, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – **Rcl 18.851/MS**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, v.g.).

Os elementos produzidos nesta sede processual, a meu juízo, **evidenciam** que o órgão judiciário reclamado **incidiu** em comportamento **usurpador** da competência do Supremo Tribunal Federal, **pois não lhe era lícito converter em agravo interno** o recurso de agravo **deduzido**, com fundamento no art. 1.042 do CPC, **contra** a decisão **que negara trânsito** ao recurso extraordinário interposto pela parte ora reclamante.

Pertinente, no ponto, a análise do teor do ato decisório **emanado** da Vice-Presidência do E. Tribunal Superior do Trabalho, no âmbito do qual **foi inadmitida** a espécie recursal excepcional da Caixa Econômica Federal:

"Trata-se de recurso extraordinário interposto contra a decisão da 4ª Turma do Colendo Tribunal Superior que negou provimento ao agravo de instrumento em recurso de revista. Aponta, a parte recorrente, violação aos artigos 114, I, 5º, 37, 'caput', II, III, IV e IX, 169, § 1º, I, e 173, 'caput' e § 1º, II, da Constituição da República (seq. nº 13).

Quanto aos pressupostos extrínsecos de admissibilidade, o apelo é tempestivo (publicação da decisão em 12/06/2015 e interposição em 30/06/2015), estando subscrito por procurador regularmente habilitado, com preparo recolhido.

A recorrente suscita preliminar de repercussão geral e indica o art. 102, III, “a”, da Constituição da República, como fundamento de previsibilidade do apelo, dirigido ao Excelso Supremo Tribunal Federal.

Sustenta, no mérito, a incompetência da justiça do trabalho para julgamento dos feitos que tenham como causa de pedir remota regime jurídico-administrativo, bem como a permissão constitucional de terceirização de serviços públicos para o atendimento de específicas e determinadas atividades que se mostre economicamente inadequado e inviável e, por fim, alega que as vagas de empregos públicos existentes na Caixa Econômica Federal obedecem a regra orçamentária prevista no art. 169, § 1º, da CF.

É o relatório.

Decido.

Como já dito no relatório, a recorrente fundamenta o presente recurso extraordinário na violação aos artigos da Constituição da República.

O acórdão recorrido, por sua vez, **restou assim ementado:**

‘AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. COMPETÊNCIA MATERIAL. CONCURSO PÚBLICO. DIREITO À CONTRATAÇÃO.

1. Compete à Justiça do Trabalho **conhecer e apreciar litígios entre potencial empregado que presta concurso público e entidade estatal regida pelo art. 173, § 1º, II, da Constituição.**

Aplicação do disposto no art. 114, I e IX, da Constituição Federal.

2. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PRETERIÇÃO DE CANDIDATO APROVADO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO.

1. Acórdão regional que consignava terceirização de atividade para o exercício da mesma função descrita em edital de concurso público durante o prazo de validade do certame, evidencia a existência da vaga e a preterição de candidato aprovado. Nessa circunstância, o candidato aprovado tem direito à nomeação e contratação, conforme o inciso IV do art. 37 da Constituição Federal.

2. Incidência da Súmula 333 do TST e do art. 896, § 7º, da CLT.

3. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento.’

Ademais, quanto à alegação de violação ao artigo 169, § 1º, I, da CFRB, o acórdão recorrido assim já se pronunciou quando do julgamento dos embargos de declaração:

'EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISITA. CONCURSO PÚBLICO. PRETERIÇÃO DE CANDIDATO. CEF.

1. A alegação de violação do art. 169, § 1º, I, da Constituição Federal não aproveita à parte, pois a dotação orçamentária é questão que precede ao edital do concurso público, justamente por força do referido dispositivo, a Administração Pública está obrigada a observá-lo antes mesmo de promover o concurso, o qual somente se realiza depois de demonstrada a necessidade de servidores, além da existência de cargos vagos. Destarte, o momento de observância da dotação orçamentária dá-se anteriormente ao concurso, a fim de custear despesas com os futuros empregados.

2. No caso, incontroversa a terceirização de serviços jurídicos, o que deixa evidente que existiam tanto a vaga para o provimento do cargo, quanto a previsão orçamentária para a contratação. Inviável, desta forma, a alegada violação do artigo 169 da Constituição Federal, até porque, também para operacionalizar a terceirização, necessário garantir a prévia dotação orçamentária.

3. Embargos de declaração conhecidos e providos para prestar esclarecimentos, sem efeito modificativo.'

Destarte, inexistente ofensa aos artigos da Constituição

da República suscitados pela parte recorrente, uma vez que, como já bem destacou a 4ª Turma deste Regional, sendo incontroversa a terceirização de atividade para o exercício da mesma função descrita no edital de concurso público, durante o prazo de validade do certame, evidencia-se não apenas a existência da vaga, como também a preterição do candidato aprovado. Nessa circunstância, o candidato aprovado tem direito à nomeação e/ou contratação, na forma do que estatui o inciso IV do art. 37 da Constituição Federal.

Registre-se, por derradeiro, que o STF já sinalizou, inclusive com declaração de repercussão geral (Tema 784), que a aprovação em concurso público, ainda que na hipótese dos autos apenas para cadastro de reserva, implica em atenção ao 'merit system', o que se correlaciona com o cerne desta questão. Registre-se que o acórdão infra apenas sinaliza uma perspectiva, não se aplicando à hipótese em análise.

.....
Ante o exposto, denego seguimento ao recurso extraordinário." (grifei)

Entendo que está configurada, no caso, típica hipótese de usurpação da competência desta Suprema Corte, pois o E. Tribunal Superior do Trabalho, na decisão que venho de referir, **fez mera menção** a precedente **exarado** em sede de repercussão geral, **sequer utilizando-o**

como fundamento do juízo negativo de admissibilidade do recurso extraordinário, pois, **segundo consignado** em tal ato decisório, "(...) **o acórdão infra** [referente ao Tema 784] **apenas sinaliza uma perspectiva, não se aplicando à hipótese em análise**", **razão pela qual não se revelava pertinente a conversão** do agravo previsto no art. 1.042 do CPC no agravo interno disciplinado no art. 1.035, § 7º, do estatuto processual civil, cujo cabimento **só é permitido, presente o contexto em exame**, em face de decisão que **aplicar tese firmada** em regime de repercussão geral.

Tal situação, portanto, enseja a plena e inteira admissibilidade da presente reclamação.

Cabe ressaltar, por necessário, que esse entendimento tem o beneplácito da jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal **estabeleceu em casos assemelhados** ao da presente reclamação (**Rcl 1.025/SC**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **Rcl 2.105/MG**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – **Rcl 2.132/MG**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **Rcl 2.826/RS**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **Rcl 6.770-AgR/AL**, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, v.g.):

"- **Reclamação.** Juiz de Direito Presidente de Colegiado Especial de Juizados de Pequenas Causas, que **inadmita recurso extraordinário** interposto de decisão do Colegiado e, a seguir, **nega seguimento ao agravo de instrumento.**

2. Firmou-se orientação, no Supremo Tribunal Federal, diante do texto do art. 102, III, da Constituição de 1988, que, em princípio, cabe recurso extraordinário de decisões, em instância única, de tribunais ou juízos, desde que, nelas, se discuta questão constitucional, inclusive, em se tratando de juizados de pequenas causas. 3. Não cabe, ademais, negar seguimento a agravo de instrumento de decisão que inadmita o recurso extraordinário. Somente ao STF compete decidir se o agravo é suscetível de conhecimento, mesmo quando se alega intempestividade. Código de Processo Civil, art. 528. 4. Reclamação julgada procedente para determinar se processe o agravo de instrumento."

(**Rcl 460/GO**, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – grifei)

Vale destacar, ainda, que essa orientação vem sendo observada em sucessivas decisões monocráticas proferidas no âmbito desta Suprema Corte (Rcl 19.976/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – Rcl 19.987/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES – Rcl 19.989/SP, Rel. Min. LUIZ FUX – Rcl 19.997/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – Rcl 20.068/MS, Rel. Min. LUIZ FUX – Rcl 20.367/MG, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – Rcl 23.866/SP, Rel. Min. ROSA WEBER – Rcl 25.001/ES, Rel. Min. EDSON FACHIN – Rcl 25.410/ES, Rel. Min. ROSA WEBER – Rcl 26.115/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, v.g.):

"RECLAMAÇÃO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA. TRIBUNAL 'A QUO'. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INADMISSÃO. AGRAVO NOS PRÓPRIOS AUTOS. ENCAMINHAMENTO A ESTA CORTE. AUSÊNCIA. RECLAMAÇÃO QUE SE JULGA PROCEDENTE."
(Rcl 20.480/RS, Rel. Min. LUIZ FUX – grifei)

"RECLAMAÇÃO. PROCESSUAL CIVIL. NEGATIVA DE PROCESSAMENTO DE AGRAVO CONTRA INADMISSÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA: SÚMULA N. 727 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECLAMAÇÃO JULGADA PROCEDENTE."
(Rcl 20.538/SP, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – grifei)

"5. Põe-se em exame nesta reclamação se, ao negar provimento ao agravo interposto contra inadmissão do recurso extraordinário, o Órgão Especial do Tribunal Superior do Trabalho teria usurpado a competência deste Supremo Tribunal.

6. Este Supremo Tribunal Federal assentou ser de sua competência exclusiva o julgamento de agravo interposto contra a inadmissão de recurso extraordinário, cabendo ao Juízo de origem apenas a remessa do recurso a este Supremo Tribunal.

.....
Dispõe-se na Súmula n. 727 deste Supremo Tribunal Federal:

'Não pode o magistrado deixar de encaminhar ao Supremo Tribunal Federal o agravo de instrumento interposto da decisão que não admite recurso extraordinário, ainda que referente a causa instaurada no âmbito dos juizados especiais'.

Confiram-se os seguintes precedentes:

'RECLAMAÇÃO – AGRAVO DE INSTRUMENTO – AUSÊNCIA DE REMESSA AO SUPREMO. O agravo visando à subida de recurso extraordinário, **pouco importando defeito que apresente, há de ser encaminhado ao Supremo, para o exame cabível'** (Rcl n. 2.826, Relator o Ministro Marco Aurélio, Plenário, DJe 14.11.2007).

'RECLAMAÇÃO. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA INADMISSÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. O Juízo reclamado, ao não receber agravo manifestado ante a negativa de admissão de recurso extraordinário, invadiu competência desta Corte, bem como não observou a disciplina normativa da matéria, que atribui à origem a formação e a posterior remessa do instrumento. Reclamação julgada procedente' (Rcl n. 2.105, Relator o Ministro Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ 25.10.2002).

.....
Esses precedentes representam o entendimento uníssono deste Supremo Tribunal a respeito da **manifesta incompetência** do Tribunal ‘a quo’ **para julgar o agravo interposto contra a inadmissão de recurso extraordinário.**

Na espécie vertente não se revela a aplicação da sistemática da repercussão geral na origem, não se discutindo a adequação, ou não, do caso a tema de repercussão geral aqui decidido, pelo que **o Tribunal Superior do Trabalho não dispunha de alternativa que não a de processar o agravo e remetê-lo imediatamente a este Supremo Tribunal.**

Registra-se a frequência de casos como o presente que têm sido submetidos ao Supremo Tribunal, que, invariavelmente, persiste inflexível na preservação da competência constitucionalmente atribuída.

7. Pelo exposto, **julgo procedente a presente reclamação, para cassar a decisão reclamada e determinar a remessa imediata do Agravo no Recurso Extraordinário no Agravo de Instrumento no Recurso de Revista n. 1330-94.2011.5.09.0026 a este Supremo Tribunal.**”

(Rcl 22.620/PR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – grifei)

“(…) **concluo que houve usurpação de competência pelo juízo reclamado.** Isso porque **a nova legislação processual (CPC/2015) – bem como a antiga, CPC/1973 –**

determinou o STF como competente para julgamento do agravo em recurso extraordinário, salvo em caso de aplicação da repercussão geral, pois, nesta situação, este se revela incabível, ‘verbis’:

‘Art. 1.042. Cabe agravo contra decisão do presidente ou do vice-presidente do tribunal recorrido que inadmitir recurso extraordinário ou recurso especial, salvo quando fundada na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos.
 (...)’

.....
 § 4º Após o prazo de resposta, não havendo reatuação, o agravo será remetido ao tribunal superior competente.
’

Ressalto que a situação dos autos é distinta daquela em que o Tribunal ‘a quo’ aplica a sistemática da repercussão geral. Neste caso, é cabível apenas a interposição do agravo interno como estabelece ao art. 1035, § 7º, do CPC/2015:

.....
Por fim, a jurisprudência desta Corte, em caso semelhante, assentou ser procedente a reclamação quando o ato reclamado obsta remessa dos autos ao Supremo do agravo interposto contra decisão que inadmitte o recurso extraordinário

rio por não cumprimento de requisito formal. Nesse sentido:

‘AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. DECISÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE INADMITE RECURSO EXTRAORDINÁRIO POR AUSÊNCIA DE PRELIMINAR DE REPERCUSSÃO GERAL. ALEGAÇÃO DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. É procedente a reclamação, por usurpação de competência, quando o ato reclamado obsta a remessa dos autos ao Supremo do agravo interposto, com fundamento no art. 544 do CPC, contra decisão que inadmitiu o recurso extraordinário por ausência da preliminar de repercussão geral. 2. Em regra, a decisão que inadmite o recurso extraordinário por ausência da preliminar de repercussão geral desafia a interposição de agravo nos termos do art. 544 do CPC, devendo os autos ser remetidos a esta Corte. 3. Agravo regimental provido.’ (Rcl 22.269-AgR, Rel. Min. Edson Fachin, Primeira Turma, DJe de 20/04/2016).

‘Ex positis’, JULGO PROCEDENTE a presente Reclamação, para cassar a decisão reclamada (art. 992 do CPC/2015 combinado com o art. 161, parágrafo único, do RISTF) (...).” (Rcl 25.691/SP, Rel. Min. LUIZ FUX – grifei)

Sendo assim, em face das razões expostas **e com apoio** em delegação regimental (RISTF, art. 161, parágrafo único, **na redação** dada pela Emenda Regimental nº 13, de 25/03/2004), **julgo procedente** esta ação reclamationária, **em ordem a invalidar** o ato judicial ora impugnado (Ag-RE-ED-AIRR-0000132-38.2013.5.08.0007), **determinando**, por essa razão, que o recurso de agravo **interposto** tenha **regular tramitação**, **restando prejudicada**, em consequência, **a apreciação** do pedido de medida liminar.

Comunique-se, com urgência, **transmitindo-se cópia** da presente decisão ao E. Tribunal Superior do Trabalho (**Processo** nº 0000132-38.2013.5.08.0007).

Publique-se.

Arquivem-se estes autos.

Brasília, 25 de agosto de 2017 (Data de julgamento).

Ministro CELSO DE MELLO
Relator.

Reclamação – 26.526/PA. DJe 29/08/2017.

Superior Tribunal de Justiça

Ação Civil Pública. Cláusula abusiva em contrato bancário. Autorização específica dos associados. Necessidade.¹

EMENTA OFICIAL

AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ASSOCIAÇÃO. CONSUMIDOR. CLÁUSULA ABUSIVA EM CONTRATO BANCÁRIO. AUTORIZAÇÃO ESPECÍFICA DOS ASSOCIADOS. NECESSIDADE. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 612.043/PR. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO.

1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento sob o regime da repercussão geral (RE 573.232/SC), consolidou o entendimento de que as associações, por atuarem como representantes processuais, necessitam de autorização específica, individual ou assemblear, de seus associados, não bastando a mera autorização estatutária, só podendo executar o título executivo judicial de ação coletiva aquele que autorizou o ajuizamento da demanda.

2. Agravo interno a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, negou provimento ao

agravo interno, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão e Raul Araújo votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Impedido o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Brasília/DF, 03 de agosto de 2017 (Data do Julgamento).

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI, Relatora.

AgInt no REsp 1271338/SC (2011/0188235-1). DJe 08/08/2017

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: INSTITUTO DE DEFESA DOS CONSUMIDORES DE CRÉDITO -IDCC interpõe agravo interno contra a decisão que deu provimento ao recurso especial interposto pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL S/A para indeferir a inicial e extinguir o processo sem resolução de mérito em razão da inexistência de identificação dos associados representados na inicial da ação civil pública, com fundamento no RE 573.232/SC, julgado sob o regime da repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (fls. 259/262).

¹ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1621079&num_registro=201101882351&data=20170808&formato=PDF>

O agravante sustenta que o julgado que fundamentou a decisão agravada se refere especificamente à execução da ação coletiva, “não à demanda de conhecimento” (fl. 269). Alega que a decisão agravada “ao afirmar que o IDCC, para que tenha legitimidade para agir em nome de seus associados, deve comprovar a expressa e individual autorização para atuar em juízo em defesa dos direitos do associado, apontando pormenorizadamente em nome de quais filiados pretende seja constituído o título judicial, viola a literalidade do disposto no art. 5º, XXI da Constituição Federal, bem como viola a Repercussão Geral ditada pela decisão proferida no Recurso Extraordinário 573.232 Santa Catarina” (fl. 270). Afirma que “os sindicatos e associações, na qualidade de substitutos processuais, detêm legitimidade para atuar judicialmente na defesa dos interesses coletivos de toda a categoria que representam, sendo prescindível a relação nominal dos filiados e suas respectivas autorizações, nos termos da Súmula 629/STF” (fl. 270). Requer, ao final, o provimento do recurso.

Intimada, a agravada se manifestou pela manutenção da decisão agravada (fls. 276/278).

É o relatório.

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.271.338 -SC (2011/0188235-1)

VOTO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI (Relatora): Primeira-

mente, cumpre transcrever a ementa do acórdão recorrido, proferida pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região à fl. 181:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO. INSTITUTO DE DEFESA DOS CONSUMIDORES DE CRÉDITO. CUMULAÇÃO INDEVIDA DE COMISSÃO DE PERMANÊNCIA COM ENCARGOS MORATÓRIOS. DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO E RELEVÂNCIA SOCIAL DO DIREITO PERSEGUIDO. A controvérsia em torno da legalidade da cumulação de comissão de permanência com encargos mora-tórios, nos contratos de crédito disponibilizados pela CEF, trazida ao Judiciário pelo Instituto de Defesa dos Consumidores de Crédito -IDCC, merece trânsito por meio da presente ação civil pública, porquanto amolda-se à conceituação de direito individual homogêneo, de origem comum (art. 81, III, do CPC), além de tratar-se de direito socialmente relevante, em razão do número significativo de consumidores que alcança.

A instituição financeira agravada sustentou, em seu recurso especial, ofensa aos artigos 1º, 5º, V, “a” e “b”, e 21 da Lei n. 7.347/1985, alegando a ilegitimidade passiva da recorrida para o ajuizamento de ação civil pública na defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores.

A decisão agravada reconheceu que “a legitimidade ativa de associação civil de defesa do con-

sumidor, preenchidos os requisitos legais, para propor ação civil pública, com o escopo de declarar a nulidade de cláusulas de contratos celebrados por instituições financeiras e congêneres” (AgRg nos EDcl no REsp 754.773/RJ, Rel. Ministro PAULO FURTADO, TERCEIRA TURMA, DJe 27.10.2009).

E, quanto ao preenchimento dos requisitos legais, verificou que a autora não observou a expressão “quando expressamente autorizadas” prevista no art. 5º, XXI, da Constituição Federal, indeferindo a petição inicial e extinguindo o

Documento: 1621079 -Inteiro Teor do Acórdão -Site certificado -DJe: 08/08/2017 Página 3 de 5

processo sem resolução de mérito, porquanto não identificados os associados representados na inicial da ação civil pública, questão devidamente suscitada preliminarmente em contestação.

É bem verdade que esta Corte entendia que as Associações detinham legitimidade para defender judicialmente interesses coletivos, como substituto processual, e não apenas de seus filiados, não exigindo, assim, a juntada da relação nominal dos filiados e de autorização expressa.

Ocorre que, conforme demonstrado na decisão agravada, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 573.232/SC, sob o regime do art. 543-B do CPC, entendeu que as balizas subjetivas do título judicial proferido em ação civil pública promovida por associação, é definida pela

representação no processo de conhecimento com a autorização específica de seus associados representados e a lista destes juntada à inicial.

A jurisprudência desta Corte, então, se alinhou ao posicionamento do STF, passando a exigir o seu cumprimento.

No caso em exame, deve ser acolhida preliminar, suscitada pela ora recorrente em contestação, de inépcia da inicial, ante a ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo. Como não há associados substituídos, face à ausência de autorização, forçosa a adequação do caso ao julgado proferido pelo STJ com repercussão geral, com a extinção do feito.

O recurso, na realidade, não trouxe nenhum elemento ou argumento novo capaz de alterar a decisão agravada, que ora confirmo.

Em face do exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Quarta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão e Raul Araújo votaram com a Sra. Ministra Relatora. Impedido o Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Superior Tribunal de Justiça

Programa Minha Casa Minha Vida. Pedido de indenização. Danos materiais e morais. Atraso na entrega do imóvel. Ilegitimidade da CEF. Agente financeiro.¹

EMENTA OFICIAL

RECURSO ESPECIAL. PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. LEGITIMIDADE DA CEF. AUSÊNCIA. AGENTE FINANCEIRO.

1. Cinge-se a controvérsia a definir se a Caixa Econômica Federal possui legitimidade para responder pelo atraso na entrega de imóvel financiado com recursos destinados ao Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV).

2. O exame da legitimidade passiva da CEF está relacionado com tipo de atuação da empresa pública no âmbito do Sistema Financeiro Habitacional, ora como agente meramente financeiro, em que não responde por pedidos decorrentes de danos na obra financiada, ora como agente executor de políticas federais para a promoção de moradia para pessoas de baixa ou baixíssima renda, em que responde por mencionados danos. Precedente.

3. Para o fim de verificar o tipo de atuação da CEF e concluir pela sua legitimidade para responder

por danos relativos à aquisição do imóvel, devem ser analisados os seguintes critérios: i) a legislação disciplinadora do programa de política de habitacional; ii) o tipo de atividade por ela desenvolvida; iii) o contrato celebrado entre as partes e iv) a causa de pedir.

4. No caso dos autos, considerando-se que a participação da CEF na relação jurídica *sub judice* ocorreu exclusivamente na qualidade de agente operador do financiamento para fim de aquisição de unidade habitacional, a instituição financeira não detém legitimidade para responder pelo descumprimento contratual relativo ao atraso na entrega do imóvel adquirido com recursos destinados ao Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV).

5. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro

¹ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1568600&num_registro=201501250728&data=20170214&formato=PDF>

Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze (Presidente), Moura Ribeiro, Nancy Andrichi e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 07 de fevereiro de 2017 (Data do Julgamento).

Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Relator.

REsp 1534952/SC. DJe 14/02/2017.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto por MANOEL JOAQUIM FERNANDES, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Noticiam os autos que o recorrente ajuizou ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos materiais e morais, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, contra TERRA NOVA RODOBENS INCORPORADORA IMOBILIÁRIA -PALHOÇA III -SPE LTDA., RODOBENS NEGÓCIOS IMOBILIÁRIOS S.A. e CAIXA ECONÔMICA FEDERAL (CEF) visando: i) a entrega das chaves do imóvel; ii) a suspensão da cobrança da taxa condominial e iii) a condenação solidária das rés ao pagamento de indenização por danos materiais (equivalentes ao valor das taxas de condomínio durante o período de atraso na entrega do imóvel, acrescido de R\$ 22.698,66) e morais.

O recorrente alega que em 14/8/2010 adquiriu junto à corrê Terra Nova uma casa no Condomínio Moradas Palhoça III, empreendimento financiado pelo Programa Minha Casa Minha Vida, com previsão de entrega em agosto/2011. Contudo, até a data do ajuizamento da ação, 26/6/2013, o imóvel não havia sido entregue. Além disso, teve que suportar cobranças indevidas (seguro de obra, custas cartorárias cobradas em excesso, diferença de atualização de saldo devedor e taxa condominial durante o período de mora), gerando-lhe danos de ordem material e moral.

O magistrado de primeiro grau inicialmente concluiu pela ilegitimidade passiva da CEF em relação aos pedidos relacionados com os danos materiais, razão pela qual restou inviabilizada a análise de tais pleitos, sob pena de usurpação de competência da Justiça Estadual (art. 109, I, da CF). Quanto aos danos morais, considerou incontroverso o atraso de 8 (oito) meses na entrega do imóvel, entendendo configurado o dever de indenizar das corrês Terra Nova (incorporadora) e Rodobens (construtora) e que "*não há como atribuir essa responsabilidade à CEF*" (fl. 457 e-STJ).

Irresignadas, as partes apelaram.

O demandante requerendo, em síntese, o reconhecimento da legitimidade da CEF para responder a todos os pedidos formulados na inicial, e Terra Nova e Rodobens, a improcedência da ação.

Em decisão monocrática, o Desembargador Relator, reafirmando a ilegitimidade passiva da CEF, negou seguimento aos apelos e, de ofício, declarou a extinção do processo sem julgamento do mérito em relação à CEF e a incompetência absoluta da Justiça Federal para conhecer e julgar esta causa, com a nulidade dos atos decisórios proferidos no feito e a determinação de sua remessa à Justiça estadual, com a seguinte fundamentação:

“(…)

Em tal conformação, presente a teoria da asserção -segundo a qual as condições da ação devem ser aferidas à luz do pedido e da causa de pedir deduzidos na petição inicial -, há de reconhecer-se a ilegitimidade passiva da Caixa Econômica Federal para responder a qualquer pretensão fincada nessa causa de pedir - atraso na construção/entrega da obra. É o caso dos autos. Por corolário, deve o feito ser encerrado sem análise e julgamento do mérito, sob fundamento da incompetência do Juízo, com a nulidade dos atos decisórios proferidos neste feito e a determinação de sua remessa à Justiça Estadual” (fl. 565 e-STJ).

Ainda inconformado, o demandante interpôs agravo regimental, o qual não foi provido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região em acórdão assim ementado:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL. MINHA

CASA, MINHA VIDA. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS DECORRENTES DE ATRASO NA ENTREGA DA OBRA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA CEF. ATUAÇÃO NA QUALIDADE DE OPERADOR FINANCEIRO.

1. Não se pode estender à Caixa Econômica Federal a responsabilidade civil que uma instituição financeira privada, nas mesmas circunstâncias, não teria. O fato de a empresa pública promover a gestão operacional dos recursos destinados à concessão de subvenção no âmbito do PNHU não a transforma per se em garante da construção e da tempestividade da entrega da obra. É a inteligência da legislação de regência (Lei n. 11.977/09 c/c Lei n. 12.424/11). Em tal conformação, presente a teoria da asserção -segunda a qual as condições da ação devem ser aferidas à luz do pedido e da causa de pedir deduzidos na petição inicial -, há reconhecer-se a ilegitimidade passiva da Caixa Econômica Federal para responder a qualquer pretensão fincada nessa causa de pedir - atraso na construção/entrega da obra.

2. Agravo improvido” (fl. 608 e-STJ).

No especial, o recorrente aponta divergência jurisprudencial e violação dos arts. 2º, I, e 9º da Lei nº 12.424/2011.

Aduz, em síntese, que pelo “fato da CEF atuar como agente financeiro gestor do Programa Minha Casa Minha Vida-PMCMV, evidente que possui legitimidade para responder à presente deman-

da, que versa sobre a responsabilidade pelo atraso na entrega do imóvel adquirido nesta modalidade " (fl. 628 e-STJ).

Acrescenta que "além de financiar a obra e viabilizar os subsídios conferidos pelo governo federal, conforme dicção da lei federal, a recorrida CEF atua como agente fiscalizador do empreendimento financiado pelo PMCMV e como tal, deve fiscalizar o cumprimento do prazo de entrega da obra " (fl. 628 e-STJ). Após a apresentação de contrarrazões (fls. 760-770 e 773-783), na origem, o recurso recebeu crivo positivo de admissibilidade, ascendendo, assim, a esta Corte Superior (fls. 712-713 e-STJ).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator):

Cinge-se a controvérsia a definir se a Caixa Econômica Federal possui legitimidade para responder pelo atraso na entrega de imóvel financiado com recursos destinados ao Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV).

1. Da legitimidade passiva do agente financeiro

A questão da legitimidade passiva da CEF para responder por vícios de construção foi enfrentada por esta Corte no julgamento do REsp nº 1.163.228/AM, Relatora Ministra Isabel Gallotti, oportunidade em foram traçadas as premissas necessárias para se

aferir a legitimidade da referida instituição financeira, também aplicáveis à hipótese de atraso na entrega de unidade habitacional.

Naquela ocasião, restou assentado que dada a variedade de linhas de financiamentos e a existência de contratos substancialmente diversos, o exame da legitimidade passiva da CEF está relacionado ao tipo de atuação da empresa pública no âmbito do Sistema Financeiro Habitacional, ora como agente meramente financeiro, ora como agente executor de políticas federais para a promoção de moradia para pessoas de baixa ou baixíssima renda.

O acórdão restou assim ementado:

"RECURSOS ESPECIAIS. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. SFH. VÍCIOS NA CONSTRUÇÃO. SEGURADORA. AGENTE FINANCEIRO. LEGITIMIDADE.

1. A questão da legitimidade passiva da CEF, na condição de agente financeiro, em ação de indenização por vício de construção, merece distinção, a depender do tipo de financiamento e das obrigações a seu cargo, podendo ser distinguidos, a grosso modo, dois gêneros de atuação no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, isso a par de sua ação como agente financeiro em mútuos concedidos fora do SFH (1) meramente como agente financeiro em sentido estrito, assim como as demais instituições financeiras pú-

blicas e privadas (2) ou como agente executor de políticas federais para a promoção de moradia para pessoas de baixa ou baixíssima renda.

2. Nas hipóteses em que atua na condição de agente financeiro em sentido estrito, não ostenta a CEF legitimidade para responder por pedido decorrente de vícios de construção na obra financiada. Sua responsabilidade contratual diz respeito apenas ao cumprimento do contrato de financiamento, ou seja, à liberação do empréstimo, nas épocas acordadas, e à cobrança dos encargos estipulados no contrato. A previsão contratual e regulamentar da fiscalização da obra pelo agente financeiro justifica-se em função de seu interesse em que o empréstimo seja utilizado para fins descritos no contrato de mútuo, sendo de se ressaltar que o imóvel lhe é dado em garantia hipotecária. Precedentes da 4ª Turma.

3. Caso em que se alega, na inicial, que o projeto de engenharia foi concebido e aprovado pelo setor competente da CEF, prevendo o contrato, em favor da referida empresa pública, taxa de remuneração de 1% sobre os valores liberados ao agente promotor e também 2% de taxa de administração, além dos encargos financeiros do mútuo. Consta, ainda, do contrato a obrigação de que fosse colocada 'placa indicativa, em local visível, durante as obras, de que a construção está sendo executada com financiamento da CEF'. Causa de pedir deduzida na inicial que justifica a presença

da referida empresa pública no polo passivo da relação processual. Responsabilidade da CEF e dos demais réus que deve ser aferida quando do exame do mérito da causa.

4. Recursos especiais parcialmente providos para reintegrar a CEF ao polo passivo da relação processual. Prejudicado o exame das demais questões " (REsp 1.163.228/AM, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 9/10/2012, DJe 31/10/2012 -grifou-se).

Na hipótese em que a CEF atua **meramente como agente financeiro**, colhe-se do referido julgado que,

"(...)

Nesta hipótese, **a instituição financeira só tem responsabilidade pelo cumprimento das obrigações que assume para com o mutuário referentes ao cumprimento do contrato de financiamento, ou seja, a liberação do empréstimo, nas épocas e condições acordadas, tendo por contrapartida a cobrança dos encargos também estipulados no contrato** .

Figurando ela apenas como financiadora, em sentido estrito, não tem responsabilidade sobre a perfeição do trabalho realizado pela construtora escolhida pelo mutuário, não responde pela exatidão dos cálculos e projetos, e muito menos pela execução dos serviços desenvolvidos por profissionais não contratados e nem remunerados pelo agente financeiro" (grifou-se).

De fato, agindo puramente como gestora financeira, a Caixa Econômica Federal responde pelos encargos relativos ao exercício da atividade em si considerada, disponibilização de empréstimo em dinheiro para aquisição ou construção de imóvel, ou financiamento do empreendimento, nos limites da obrigação pactuada com o beneficiário do valor, mas não ostenta legitimidade para responder por pedido decorrente de danos relacionados à obra financiada. Por outro lado, quando na condição de agente executor de políticas federais para a promoção de moradia para pessoas de baixa ou baixíssima renda, no mencionado voto destacou-se que

“(…)

As responsabilidades contratuais assumidas pela CEF variam conforme a legislação disciplinadora de cada um desses programas , o tipo de atividade por ela desenvolvida e o contrato celebrado entre as partes.

Será possível, então, em tese, identificar, a depender dos fatos narrados na inicial (causa de pedir), hipóteses em que haja culpa in eligendo da CEF na escolha da construtora, do terreno, na elaboração e acompanhamento do projeto etc.

Os papéis desenvolvidos em parceria pela construtora e pelo agente financeiro poderão, em alguns casos, levar à aparência de vinculação de ambos ao conjunto do ‘negócio da aquisição da casa pró-

pria’, podendo ensejar a responsabilidade solidária.

*Ressalto que, ao meu sentir, o relevante para a definição para legitimidade passiva da instituição financeira não é propriamente ser o empreendimento de alta ou baixa renda e nem a existência, pura e simples, de cláusula, no contrato, de exoneração de responsabilidade. **O que importa é a circunstância de a CEF exercer papel meramente de instituição financeira, ou, ao contrário, haver assumido outras responsabilidades concernentes à concepção do projeto, escolha do terreno, da construtora, aparência perante o público alvo de co-autoria do empreendimento, o que deve ser apreciado consonante as circunstâncias legais e de fato do caso concreto.***

(…)

Em síntese, diversamente do que ocorre quando atua como agente financeiro em sentido estrito, considero, em princípio, ter a CEF legitimidade para responder por vícios de construção nos casos em que promoveu o empreendimento, teve responsabilidade na elaboração do projeto com suas especificações, escolheu a construtora elou negociou os imóveis, ou seja, quando realiza atividade distinta daquela própria de agente financeiro estrito senso (cf. voto-vista proferido no Recurso Especial nº 738.071- SC, julgado em 9.8.2011, Quarta Turma, relator Min. Luis Felipe Salomão)” (grifou-se).

Em suma, para o fim de verificar o tipo de atuação da CEF e concluir pela sua legitimidade para responder por danos relacionados à aquisição do imóvel, devem ser levados em consideração os seguintes critérios: i) a legislação disciplinadora de cada um dos programas de política de habitação; ii) o tipo de atividade por ela desenvolvida; iii) o contrato celebrado entre as partes e iv) e a causa de pedir.

2. Do Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV)

No caso dos autos, o imóvel objeto do litígio foi adquirido com recursos destinados ao Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV).

O Programa Minha Casa Minha Vida, instituído pela Lei nº 11.977/2009, tem por finalidade criar mecanismos de incentivo à produção e aquisição de novas unidades habitacionais considerando a localização do imóvel – na cidade e no campo –, o seu valor e a renda familiar. Insere-se, à primeira vista, no contexto de uma política pública que busca promover acesso à moradia às famílias de baixa renda, mas também atende aos interesses políticos e econômicos ao alavancar o mercado financeiro, em especial o setor imobiliário e a construção civil.

O referido programa, gerido e regulamentado pelo Ministério das Cidades (art. 10 da Lei nº 11.977/2009) e operacionalizado

pela Caixa Econômica Federal (art. 9º da Lei nº 11.977/2009), confere ao cidadão de baixa renda, além de benefício pecuniário, o acesso ao contrato de financiamento habitacional como meio de viabilizar a aquisição da casa própria.

Nesse cenário, a CEF tem papel fundamental na gestão operacional do Programa MCMV, visto ser a responsável pela concessão do financiamento tanto ao usuário quanto às construtoras e incorporadoras e, a depender do tipo de operação, pela aprovação do projeto do ponto de vista técnico, jurídico e econômico-financeiro.

Logo, é possível afirmar que a CEF, **no âmbito do PMCMV, pode atuar tanto como agente meramente financeiro, quanto agente executor de políticas públicas.** Em algumas operações no âmbito do PMCMV, a CEF é a responsável pela seleção e contratação da empresa construtora, pela concepção e execução da obra, pela entrega dos imóveis concluídos e legalizados, além de liberar os recursos conforme o cronograma da obra, atuando verdadeiramente como um executor de políticas públicas. Em outras, a instituição financeira tão somente faz o repasse de recursos, seja para o adquirente do imóvel, seja para a construtora/incorporadora, exercendo estritamente a função de agente financeiro.

Ressalta-se, por fim, que as diversas linhas de atuação do PMCMV estão segregadas em fai-

xas de rendas mensais. A Faixa 1 (até R\$ 1.800,00), a Faixa 1,5 (até R\$ 2.350,00), a Faixa 2 (entre R\$ 2.351,00 e R\$ 3.600,00) e a Faixa 3 (de R\$ 3.600,00 até R\$ 6.500,00). Essa divisão se aproxima das faixas utilizadas para a estratificação do déficit habitacional calculado pela Fundação João Pinheiro em parceria com o Ministério das Cidades e é um importante critério utilizado pelo governo para criar estratégias para a alocação de recursos e para se atingir as principais metas do projeto.

Contudo, não é critério adequado para aferir a natureza da atuação da CEF como agente meramente financeiro ou como agente executor de políticas públicas, por se tratar de análise que está muito mais ligada à função concretamente desempenhada pela instituição financeira no negócio contratado do que com o valor despendido na operação.

3. Do caso concreto

De início, cumpre destacar que a presente controvérsia gira em torno de pedido de indenização por atraso na entrega do imóvel, cuja obra foi financiada em caráter associativo pela CEF no âmbito do PMCMV, com a utilização de recursos do FGTS.

Da análise do “*Contrato por Instrumento Particular de Compra e Venda de Terreno e Mútuo para Construção de Unidade Habitacional com Fiança, Alienação Fiduciária em Garantia e Outras Obrigações -Programa Nacional de Habitação Urbana -PNHU -Imóvel na Planta Associativo -Minha Casa*

Minha Vida -MCMV -Recursos do FGTS” (fls. 108-141 e-STJ), celebrado entre o recorrido (comprador/devedor/fiduciante), a CEF (credora fiduciária), a Rodobens Negócios Imobiliário S.A. (na condição de interveniente construtora) e a Terra Nova Rodobens Incorporadora Imobiliária Palhoça III -SPE LTDA. (na condição de vendedora/entidade organizadora/ fiadora), **constata-se que a CEF não participou da realização da obra, mas atuou exclusivamente como agente financeiro que disponibilizou empréstimo em dinheiro para o adquirente do imóvel e também para a construção do empreendimento.**

A cláusula vigésima terceira do contrato apresenta as atribuições da entidade organizadora, na hipótese, Terra Nova Rodobens Incorporadora Imobiliária Palhoça III -SPE Ltda. (fl. 126 e-STJ), tais como promover a contratação da construtora, desenvolver todo o planejamento, elaboração e implementação do empreendimento, apresentar à CEF e aos adquirentes a evolução física da obra, entre outras, demonstrando que, de fato, o papel desempenhado pela CEF limitou-se ao de agente financeiro.

A CEF, na função de agente financeiro, comprometeu-se tão somente a liberar recursos ao comprador da unidade habitacional e à entidade organizadora do empreendimento, conforme cronograma físico-financeiro. E nessa perspectiva, não se responsabilizou contratualmente pela entrega do imóvel dentro do pra-

zo previsto no contrato, não havendo, inclusive na Lei nº 11.977/2009, alterada pela Lei nº 12.424/2011, obrigação em tal sentido.

Nesse panorama, atuando como agente meramente financeiro, a CEF não detém legitimidade para responder pelo descumprimento contratual relativo ao atraso na entrega de imóvel adquirido com recursos destinados ao Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV).

Por fim, considerando-se a cautela necessária no trato da coisa pública, conclusão em sentido contrário se mostra temerária, pois seria como um aval à contumaz falta de pontualidade na entrega de obras pelas construtoras/incorporadoras.

4. Do dispositivo

Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze (Presidente), Moura Ribeiro, Nancy Andrichi e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Tribunal Superior do Trabalho

Recurso de revista. Bancário. Horas extras. Divisor. Incidente de recursos de revista repetitivos IRR-849-83.2013.5.03.0138. Tema repetitivo nº 0002. Salário-hora. Forma de cálculo. Empregado mensalista.¹

ACÓRDÃO

RECURSO DE REVISTA. BANCÁRIO. HORAS EXTRAS. DIVISOR. TEMA SOLUCIONADO POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO INCIDENTE DE RECURSOS DE REVISTA REPETITIVOS IRR-849-83.2013.5.03.0138. TEMA REPETITIVO Nº 0002. BANCÁRIO. SALÁRIO-HORA. DIVISOR. FORMA DE CÁLCULO. EMPREGADO MENSALISTA. Ao julgar o IRR-849-83.2013.5.03.0138, esta Corte decidiu que o divisor aplicável para cálculo das horas extras do bancário, inclusive para os submetidos à jornada de oito horas, é definido com base na regra geral prevista no artigo 64 da CLT (resultado da multiplicação por 30 da jornada normal de trabalho), sendo 180 e 220, para as jornadas normais de seis e oito horas, respectivamente. Também fixou que a inclusão do sábado como dia de repouso semanal remunerado, no caso do bancário, não altera o divisor, em virtude de não haver redução do núme-

ro de horas semanais, trabalhadas e de repouso. Quanto à modulação dos efeitos da decisão, determinou sua aplicação imediata, a todos os processos em curso na Justiça do Trabalho, à exceção apenas daqueles nos quais tenha sido proferida decisão de mérito sobre o tema, emanada de Turma do TST ou da SBDI-1, no período de 27/09/2012 a 21/11/2016. Considerando que o presente feito se enquadra na regra geral, e não na exceção, deve ser reformado o acórdão regional para adequá-lo aos parâmetros acima definidos, de observância obrigatória, nos termos dos artigos 896-C, § 11, da CLT e 927 do CPC. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-RR-144700-24.2013.5.13.0003**, em que é Recorrente **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF** e Recorrido **MARIA ALDINETE SILVA FEITOSA**.

¹ Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=rtf&numeroFormatado=RR%20-%20144700-24.2013.5.13.0003&base=acordao&numProcInt=85391&anoProcInt=2014&dataPublicacao=18/08/2017%2007:00:00&query= sp;>>>

A reclamada, não se conformando com o acórdão do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região (fls. 705/711), interpõe o presente recurso de revista (fls. 713/740) no qual aponta violação de dispositivos de lei e da Constituição Federal, bem como indica dissenso pretoriano.

Decisão de admissibilidade às fls. 744/745.

Contrarrazões ausentes, conforme certidão à fl. 747.

Processo apensado ao RR-849-83.2013.5.03.0138, incidente de julgamento de recursos de revista repetitivos suscitado pela 4ª Turma desta Corte Superior, acolhido pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais.

Definida a tese jurídica, após o julgamento do mencionado incidente, em atenção ao disposto no art. 1037, § 7º, do CPC, e de acordo com o decidido pelo Tribunal Pleno do TST no julgamento do IRR-69700-28.2008.5.04.0008, passa-se à aplicação do precedente ao presente recurso de revista afetado, destacando-se que os temas remanescentes serão apreciados pelo órgão julgador originariamente competente.

É o relatório.

Brasília/DF, 10 de agosto de 2017 (Data de Julgamento).

Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, Relator.

RR - 144700-24.2013.5.13.0003. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. DEJT 18/08/2017.

VOTO

Inicialmente, destaco que o presente apelo, será apreciado à luz da Consolidação das Leis do Trabalho, sem as alterações promovidas pela Lei nº 13.015/2014, uma vez que se aplica apenas aos recursos interpostos em face de decisão publicada já em sua vigência, o que não é a hipótese dos autos – acórdão regional publicado em 17/02/2014.

Pela mesma razão, incidirá, em regra, o CPC de 1973, exceto em relação às normas procedimentais, que serão aquelas do Diploma atual (Lei nº 13.105/2015), por terem aplicação imediata, inclusive aos processos em curso (artigo 1046), e ao procedimento referente ao incidente de julgamento de recursos repetitivos.

Presentes os pressupostos extrínsecos de admissibilidade, passo à análise dos pressupostos recursais intrínsecos.

BANCÁRIO – HORAS EXTRAS – DIVISOR

CONHECIMENTO

A recorrente defende que a convenção coletiva dos bancários não transmuda a natureza do sábado de dia útil não trabalhado para repouso semanal remunerado. Aduz que parágrafo constante da norma coletiva consigna expressamente que o sábado é considerado dia útil não trabalhado para o bancário. Assevera que a cláusula invocada versa apenas sobre horas extras, moti-

vo pelo qual não se pode considerar que altera a natureza jurídica do sábado, pois essa transformação não repercutiria apenas naquela parcela, mas em todas as verbas de natureza salarial. Afirma, assim, que devem ser adotados os divisores 180 e 220, a depender da jornada desempenhada. Defende que a cláusula deve ser interpretada restritivamente, nos termos do artigo 114 do Código Civil, sob pena de enriquecimento ilícito. Assinala que o divisor das horas extras é obtido a partir da multiplicação das horas diárias de labor por 30, independente de quantos dias de repouso remunerado sejam gozados. Aponta ofensa ao preceito citado e aos artigos 5º, II, e 7º, XXVI, da Constituição Federal; 64 da CLT; e 884 do Código Civil. Indica contrariedade às Súmulas nºs 113 e 124, II, desta Corte Superior. Transcreve arestos para o confronto de teses.

Eis a decisão recorrida:

“01. Do divisor das horas extras

O recurso ordinário da reclamante persegue a modificação no cálculo das horas extras aplicados no âmbito da empresa ré, adaptando-os ao contido nos instrumentos da categoria, em virtude da natureza jurídica do sábado como dia de repouso remunerado, em razão da qual o divisor, para a base de cálculo do salário-hora seria de 150, para os empregados submetidos à jornada de 06 horas diárias, e 200, para os trabalha-

dores sob jornada de 08 horas diárias.

De fato, o divisor das horas extras deve ser definido em face da natureza atribuída ao sábado não trabalhado pelo instrumento da categoria, como se verifica da literalidade da Súmula 124 do TST:

BANCÁRIO. SALÁRIO-HORA. DIVISOR (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) – Res. 185/2012 – DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I – O divisor aplicável para o cálculo das horas extras do bancário, se houver ajuste individual expresso ou coletivo no sentido de considerar o sábado como dia de descanso remunerado, será:

- a) 150, para os empregados submetidos à jornada de seis horas, prevista no *caput* do art. 224 da CLT;
- b) 200, para os empregados submetidos à jornada de oito horas, nos termos do § 2º do art. 224 da CLT, *sic*.

No caso sob revisão, imprescindível averiguar se há, nos acordos coletivos coligidos ao processo, cláusula reconhecendo o sábado como dia de descanso remunerado.

Nos acordos coletivos dos períodos de 2007/2008, 2008/2009, 2009/2010, na cláusula 3ª, *caput*, e § 4º (seq. 03, página 02, seq. 4, pág.3 e seq. 05, pág. 02), há previsão de pagamento de sábados não trabalhados como repouso semanal, conforme se verifica das transcrições a seguir:

CLÁUSULA 3ª – HORAS EXTRAORDINÁRIAS

A jornada diária de trabalho dos empregados da CAIXA poderá ser prorrogada, excepcionalmente, observado o limite legal, e em face da necessidade de serviço, assegurando-se o pagamento, com o adicional de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da hora normal, ou a compensação das horas extraordinárias, nos termos da presente cláusula, sic.
(...)

Parágrafo Quarto – As horas extraordinárias pagas deverão integrar o pagamento do repouso semanal remunerado, considerados os sábados, domingos e feriados, décimo salário e férias, inclusive nas indenizações rescisórias dessas parcelas, sic.

Os instrumentos coletivos dos interregnos de 2010/2011 e 2011/2012, aquele no parágrafo quarto da sua cláusula 4ª (seq. 06, página 3) e este na cláusula 5ª, parágrafo 4º (seq. 7 – pág. 2) definem:

As horas extraordinárias pagas deverão integrar o pagamento do repouso semanal remunerado, considerados os sábados, domingos e feriados, décimo terceiro salário e férias, inclusive nas indenizações rescisórias dessas parcelas, sic.

Não há dúvida, a teor dos instrumentos normativos contidos no processo, acerca do *status* de repouso semanal remunerado concedido ao sábado, afastando a regra comum disposta na Súmula 113 do TST.

Sobre o tema, transcrevem-se os arestos seguintes:

[...] BANCÁRIO – HORAS EXTRAS – DIVISOR – NORMA COLETIVA QUE CONSIDERA O SÁBADO COMO DIA DE REPOUSO SEMANAL REMUNERADO - No cálculo do divisor, quanto ao empregado mensalista, leva-se em conta a carga horária diária multiplicada por 30 (art. 64 da CLT). No caso do bancário, cuja jornada é de 6 horas (art. 224 da CLT), o divisor a ser utilizado é 180, nos termos da Súmula nº 124 do TST. Contudo, considerando que há norma coletiva que reconhece o sábado como dia de repouso semanal remunerado, deve prevalecer a aplicação do divisor de 150, porquanto tem que ser levada em conta a carga horária efetivamente cumprida pelo empregado bancário (30 horas semanais). Precedentes da SBDI-1. Recurso de revista a que se dá provimento...(TST – RR 41/2006-047-02-00.2 – Relª Minª Kátia Magalhães Arruda – DJe 24.02.2012 – p. 1639) – 103000395743, sic.

BANCÁRIO – SÉTIMA E OITAVA HORAS – Comprova do nos autos que o reclamante não exercia efetivamente função de confiança, nos termos do art. 224, §2º, da CLT, faz jus o empregado ao pagamento da sétima e da oitava hora como extras. Ressalvas da Relatora. Recurso do reclamado desprovido. HORAS EXTRAS – BANCÁRIO – SÁ-

BADO COMO REPOUSO SEMANAL REMUNERADO – NORMA COLETIVA – DIVISOR 150 – Considerando que os acordos coletivos de trabalho tratam o sábado como repouso semanal remunerado, o divisor a ser utilizado para o cálculo das horas extras é o 150 (30 horas semanais x 5 = 150). Recurso da reclamante provido. (TRT 10ª R. – RO 541-28.2011.5.10.0007 – Relª Desª Maria Piedade Bueno Teixeira – DJe 02.03.2012 – p. 104) – 121000046266, sic.

Esta Corte, por ocasião do julgamento do Processo Nº 0117600-25.2012.5.13.0005, publicado em 25.02.2013, cuja relatoria coube ao Desembargador Wolney de Macedo Cordeiro, adotou entendimento análogo:

HORAS EXTRAS – BANCÁRIO – DIVISOR – NORMA COLETIVA MAIS BENÉFICA PREVENDO O SÁBADO COMO REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. A edição de instrumento coletivo pelos sindicatos representativos das categorias envolvidas, criando norma mais favorável aos trabalhadores, melhorando sua condição social (CF, art. 7º, *caput*), deve prevalecer sobre as diretrizes consagradas na Súmula 113 do TST. Existindo norma coletiva com previsão de que o sábado deve ser considerado como dia de repouso e, dessa forma, constatando-se que a hipótese dos autos é diversa daquela abrangida pela Súmula 113 do TST, o divisor aplicado será 150 ou 200 a de-

pender do caso concreto, no cálculo das horas extras. Recurso patronal não provido, sic.

Por outra parte, o § 5º da cláusula que trata das horas extras citado pela defesa tem a seguinte redação:

As horas a compensar, consoante o Parágrafo Primeiro, deverão ser computadas desconsiderando-se os dias de descanso remunerados e dias úteis não trabalhados (sábados, domingos e feriados), sic.

Ao citar os ‘sábados, domingos e feriados’, a norma não o faz no sentido do reconhecimento de dias úteis não trabalhados, porque não seria lógico domingos e feriados nessa classificação.

Mesmo se assim não fosse, adotando-se a tese recursal de nova previsão do sábado como dia não útil trabalhado, haveria contradição entre os comandos normativos advindos dos instrumentos coletivos, prevalecendo o mais benéfico em favor dos trabalhadores em face da incidência do princípio da proteção.

Desse modo, há de ser modificada a decisão quanto à matéria, deferindo-se as diferenças de horas extras postuladas, com a utilização do divisor de 150, pois, confessado pela reclamada, em contestação, a jornada de trabalho da reclamante de 06 horas (seq. 19 – pág. 2), *in verbis*:

Considerando que a jornada diária da reclamante é de **06** horas, o divisor será o resultado da multiplicação: 30 x 6. Dessa operação matemática deriva o resul-

tado do divisor a ser utilizado que é 180, não como pretendido pela reclamante 150, sic.” (fls. 1.522/1.525)

Ao julgar o IRR-849-83.2013.5.03.0138, esta Corte pacificou a discussão acerca do divisor aplicável às horas extras dos bancários e editou o precedente a seguir, de observância obrigatória em toda a Justiça do Trabalho:

TEMA REPETITIVO Nº 0002: BANCÁRIO. SALÁRIO-HORA. DIVISOR. FORMA DE CÁLCULO. EMPREGADO MENSALISTA. TESES FIRMADAS:

I - o número de dias de repouso semanal remunerado pode ser ampliado por convenção ou acordo coletivo de trabalho, como decorrência do exercício da autonomia sindical;

II – o divisor corresponde ao número de horas remuneradas pelo salário mensal, independentemente de serem trabalhadas ou não;

III - o divisor aplicável para o cálculo das horas extras do bancário, inclusive para os submetidos à jornada de oito horas, é definido com base na regra geral prevista no artigo 64 da CLT (resultado da multiplicação por 30 da jornada normal de trabalho), sendo 180 e 220, respectivamente;

IV - a inclusão do sábado como dia de repouso semanal remunerado não altera o divisor, em virtude de não haver redução do número de horas semanais, trabalhadas e de repouso;

V - o número de semanas do mês é 4,2857, resultante da divisão de 30 (dias do mês) por 7

(dias da semana), não sendo válida, para efeito de definição do divisor, a multiplicação da duração semanal por 5;

VI - em caso de redução da duração semanal do trabalho, o divisor é obtido na forma prevista na Súmula n. 431 (multiplicação por 30 do resultado da divisão do número de horas trabalhadas por semana pelos dias úteis);

VII – as normas coletivas dos bancários não atribuíram aos sábados a natureza jurídica de repouso semanal remunerado.

Quanto à modulação dos efeitos da decisão, definiu sua aplicação imediata: a) a todos os processos em curso na Justiça do Trabalho, à exceção apenas daqueles nos quais tenha sido proferida decisão de mérito sobre o tema, emanada de Turma do TST ou da SBDI-1, no período de 27/09/2012 (DEJT em que se publicou a nova redação da Súmula 124, I, do TST) até 21/11/2016 (data de julgamento do citado IRR); b) às sentenças condenatórias de pagamento de hora extra de bancário, transitadas em julgado, ainda em fase de liquidação, desde que silentes quanto ao divisor para o cálculo.

Pois bem.

Considerados tais parâmetros, tem-se que o presente recurso de revista admite conhecimento, por violação do artigo 64 da CLT.

MÉRITO

Como consequência lógica do conhecimento do apelo, por vio-

lação do artigo 64 da CLT, e considerando a observância obrigatória da decisão proferida no incidente mencionado (artigos 927, III, do CPC, 3º, XXIII, e 15, I, "a", da IN 39/TST), na qual se encontram externados os fundamentos adotados para a construção da tese jurídica e que, por isso mesmo, dispensam a repetição, dou-lhe provimento para excluir da condenação o pagamento de diferenças de horas extras decorrentes da utilização do divisor 150 para o seu cálculo.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, conhecer

do recurso de revista, quanto ao tema "bancário – horas extras – divisor", por violação do artigo 64 da CLT, e, no mérito, dar-lhe provimento para excluir da condenação o pagamento de diferenças de horas extras decorrentes da utilização do divisor 150 para o seu cálculo. Também à unanimidade, em atenção ao disposto no art. 1037, § 7º, do CPC, e de acordo com o decidido pelo Tribunal Pleno do TST no julgamento do IRR-69700-28.2008.5.04.0008, determinar a desafetação do presente feito e o retorno dos autos à Turma de origem, para exame dos temas remanescentes.

Brasília, 10 de agosto de 2017.

CLÁUDIO BRANDÃO, Ministro Relator.

Tribunal Superior do Trabalho

Dispensa motivada. Empregado público celetista admitido mediante aprovação em concurso público. Sociedade de economia mista. Contrato de experiência. Avaliações de desempenho previstas contratualmente. Enquadramento jurídico dos fatos constantes no acórdão recorrido.¹

ACÓRDÃO

RECURSO DE REVISTA. RECLAMADA. LEI Nº 13.015/2014. NULIDADE DO ACÓRDÃO DO TRT POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

Com fundamento no artigo 282, § 2º, do NCP, deixa-se de examinar a preliminar em questão.

Preliminar superada.

DISPENSA MOTIVADA. EMPREGADO PÚBLICO CELETISTA ADMITIDO MEDIANTE APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. AVALIAÇÕES DE DESEMPENHO PREVISTAS CONTRATUALMENTE. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DOS FATOS CONSTANTES NO ACÓRDÃO RECORRIDO.

1 – Preenchidos os requisitos previstos no artigo 896, § 1º-A, da CLT.

2 - A partir da decisão do STF, proferida no RE 589.998/PI, torna-se imperioso que o ato de dispen-

sa do empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista seja motivado para que não ocorram despedidas ilegais ou abusivas.

3 - No caso dos autos houve a motivação do ato da dispensa da reclamante admitida, após concurso público, em contrato de experiência pelo prazo de noventa dias, de acordo com o edital do concurso e nos termos do contrato de trabalho.

4 – De acordo o regulamento de pessoal vigente quando da admissão da reclamante, no contrato de experiência deveria haver a submissão a avaliação formal em dois momentos distintos, o que foi observado pela reclamada, sendo que a demandante nas duas avaliações realizadas obteve pontuação inferior ao mínimo exigido no regulamento interno, mesmo após ter sido orientada sobre os pontos em que deveria melhorar, por ocasião da primeira avaliação.

5 - Não obstante a submissão às duas avaliações previstas no re-

¹ Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=rtf&numeroFormatado=RR%20-%201505-23.2013.5.09.0122&base=acordao&numProclnt=79558&anoProclnt=2016&dataPublicacao=23/06/2017%2007:00:00&query>>

gulamento de pessoal, a empregada, em função do desempenho insatisfatório, foi submetida também a entrevista com representantes da Gerência de Filial Gestão de Pessoas, cuja decisão, ao final, foi pela não manutenção da relação de emprego.

6 – No caso concreto, diferentemente do que entendeu a maioria julgadora no TRT, os fatos provados, narrados no acórdão recorrido, permitem o enquadramento jurídico de que não se trata de falta de motivação, mas, sim, de dispensa motivada porque a reclamante, em contrato de experiência, não alcançou as exigências mínimas quando submetida às avaliações específicas previstas no contrato de trabalho.

7 - Ressalte-se que ao Poder Judiciário cumpre verificar se houve a dispensa motivada válida, e não o próprio mérito da conclusão administrativa da CEF quanto à inaptidão da reclamante para continuar no emprego, a qual foi aferida objetivamente com base nas normas internas estabelecidas. Se todos os procedimentos previstos foram cumpridos e a dispensa foi explícita e regularmente motivada, não há como afastar a sua validade.

8 - Importante notar que a exigência de motivação visa a dar publicidade e transparência à dispensa, evitar a arbitrariedade, permitir que o trabalhador saiba as razões da extinção do contrato de trabalho e exercer seu direito de defesa mediante a produção de provas que infirmem as conclusões da empresa quanto à

inaptidão para a função que ocupa ou quanto ao desempenho insuficiente para a função exercida. Assim, no caso dos autos, dadas as provas sobre a dispensa motivada, cabia à reclamante infirmá-las, o que não consta no acórdão recorrido.

9 – Recurso de revista a que se dá provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-RR-1505-23.2013.5.09.0122**, em que é Recorrente **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF** e Recorrido **SIMONE KUHNE RODRIGUES**.

Recurso de revista interposto pela reclamada com base no art. 896, **a** e **c**, da CLT, com pretensão de reforma do acórdão do TRT que deu provimento ao recurso ordinário da reclamante para determinar a reintegração da autora no emprego, com pagamento dos salários e demais vantagens, a contar do afastamento até a reintegração e o pagamento de honorários assistenciais.

O recurso foi admitido por divergência jurisprudencial em relação à dispensa imotivada e recebeu contrarrazões.

Os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho (art. 83, II, do Regimento Interno do TST).

É o relatório.

Brasília/DF, 10 de maio de 2017 (Data de Julgamento).

Ministra: Kátia Magalhães Arruda, Relatora

RR - 1505-23.2013.5.09.0122. DEJT 23/06/2017.

VOTO

Preenchidos os pressupostos processuais extrínsecos, passo ao exame dos pressupostos específicos do recurso.

1. CONHECIMENTO

1.1. NULIDADE DO ACÓRDÃO DO TRT POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

A reclamada suscita a nulidade do acórdão do TRT por negativa de prestação jurisdicional ao argumento de que o acórdão do TRT omitiu-se em relação aos termos do depoimento da testemunha do reclamante e em relação aos dispositivos aplicáveis ao contrato de experiência, negando “manifestação a respeito das provas carreadas aos autos de que o ato demissional encontra-se devidamente motivado”. Alega violação dos artigos 832 da CLT; 458, II e 535 do CPC/73; 5º, LIV e LV e 93, IX, da Constituição Federal.

A parte transcreveu capítulo do acórdão do Regional proferido em embargos de declaração e houve a indicação de trecho das razões de embargos de declaração opostos no TRT, a fim de viabilizar o confronto analítico com a fundamentação jurídica invocada pela parte.

Pois bem.

Com fundamento no artigo 282, § 2º, do NCPC, deixo de examinar a preliminar de nulidade em questão.

Preliminar superada.

1.2. DISPENSA MOTIVADA. EMPREGADO PÚBLICO CELETIS-

TA ADMITIDO MEDIANTE APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. AVALIAÇÕES DE DESEMPENHO PREVISTAS CONTRATUALMENTE

A fim de demonstrar o prequestionamento, a parte transcreveu o seguinte capítulo do acórdão do Regional, no qual constam o voto vencido e o voto da maioria vencedora:

“(…)

A Reclamante alegou, na inicial, que desde o início da contratualidade foi discriminada por seu superior hierárquico, “não recebendo as orientações ou local de trabalho adequado, os quais possibilitariam o bom desenvolvimento do trabalho prestado em favor do reclamado” (ID 377095, p. 2). Disse que não recebeu treinamento adequado e específico de forma a possibilitar o pleno desenvolvimento de suas atividades e que, a despeito disso, era-lhe exigido que executasse todos os serviços. Afirmou que a Reclamada “não disponibilizou um orientador para auxiliar e ensinar à reclamante”, tendo a Autora apenas “a colaboração de um colega, também técnico bancário novo, Sr. Paulo César, nas duas primeiras semanas do início do contrato de experiência” (ID 377095, p. 2). Aduziu que “Ao longo de quase três meses, a reclamante trabalhou sem qualquer feedback, o que a impediu de sanar as supostas falhas, as quais foram apontadas somente na avaliação de desem-

penho usada para fundamentar seu desligamento” (ID 377095, p. 3). Ressaltou que “as avaliações jamais foram entregues à trabalhadora, nem ao menos lhe deram ciência de quais itens foram avaliados e em quais supostamente teria que melhorar” (ID 377095, p. 3). Alegou, por fim, que, por ocasião do desligamento, não foi apresentada à Autora qualquer justificativa técnica que fundamentasse a não continuidade do vínculo empregatício. Em contestação, a Reclamada alegou que o contrato da Reclamante foi rescindido sem justa causa “dentro do período do prazo de experiência de 90 dias, previsto não só no Edital de concurso - item 12.3, como também no Manual Normativo - MN RH 002.032 - item 3.13, eis que por ocasião das avaliações levadas a efeito, constatou o colegiado responsável pelas referidas avaliações que a empregada não atendia as mínimas condições para que pudesse ser mantido o contrato de trabalho, pelos motivos que restarão agora demonstrados” (ID 793667, p. 2/3). Afirmou que durante o contrato de experiência a Reclamante foi avaliada em duas ocasiões, exatamente como prevê o item 3.13.2 do MN RH 002.032. Disse que na primeira avaliação, ocorrida em 28.03.2013, a Reclamante não atingiu a pontuação mínima desejável para a manutenção do contrato de trabalho, de 177, obtendo a pontuação 163, “dada a enorme dificuldade para assimilar os ensinamentos que lhe eram passados, não obstante tratar-se de ta-

refas simples” (ID 793667, p. 7). Afirmou que na segunda avaliação, realizada em 23.04.2013, a Reclamante também não conseguiu atingir a pontuação mínima desejável para manutenção do contrato de trabalho que era de 156 pontos, tendo atingido o total de 146,66 pontos, pelo que a questão foi submetida à GIPESCT - Gerência de Filial Gestão de Pessoas, a qual decidiu pela não manutenção da relação de emprego em 24.04.2013, tudo conforme determina o Manual Normativo.

O edital de abertura do concurso público ao qual se submeteu a Reclamante previu, em seu item 12.3, o seguinte:

“12.3 - Observada a necessidade de provimento, a CAIXA procederá, dentro do prazo de validade do Concurso Público, à contratação mediante assinatura de Contrato Individual de Trabalho que se regerá pelos preceitos da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT e pelas normas do Regulamento de Pessoal e do Plano de Cargos e Salários vigentes na CAIXA, na ocasião do aproveitamento no cargo, devendo o período inicial de 90 dias ser considerado contrato a título de experiência.” (ID 793752, p. 12 - destaquei).

Da mesma forma, constou no contrato de trabalho firmado entre as partes, em sua cláusula segunda, que “O presente contrato vigorará, em caráter de experiência, pelo prazo de 90 (noventa) dias, a contar da presente data, considerando-

se extinto em 19/05/2013” (ID 793824, p. 1).

Ainda, o Manual Normativo RH 002.032, vigente quando da admissão da Reclamante em 18.02.2013, dispõe sobre o acompanhamento e avaliação do empregado no contrato de experiência, afirmando a necessidade de avaliação formal do empregado em dois momentos, avaliações estas realizadas em conjunto pela chefia imediata do empregado, por um empregado orientador, por um empregado integrante da equipe e pelo próprio empregado, por meio de auto-avaliação (ID 793791, p. 14/16).

Por ocasião da primeira avaliação, realizada em 28.03.2013, a Reclamante alcançou a pontuação 163, sendo que a pontuação mínima desejável para a manutenção do contrato de trabalho era 177. Constatou-se a referida avaliação, como pontos a desenvolver, “Buscar aprendizado/desenvolvimento. Proatividade. Buscar orientações com relações (sic) a suas dúvidas. Desenvolver relacionamento interpessoal” (ID 793826, p. 1), tendo a Autora apostado o seu ciente na referida avaliação.

Por ocasião da segunda avaliação, realizada em 23.04.2013, a Reclamante alcançou a pontuação 146,66, sendo que a pontuação mínima desejável para a manutenção do contrato de trabalho era 156, tendo os avaliadores decidido pela

não manutenção da relação de emprego. Constatou-se a justificativa desta derradeira avaliação que “A empregada não apresenta competências necessárias para a manutenção da relação de emprego. Após o feedback dado quando da 1ª Avaliação, não foi percebida melhora nos pontos apontados como a desenvolver” (ID 793829, p. 2). Constatou-se ainda desta avaliação que a empregada tomou conhecimento de seu teor, mas negou-se a dar o seu ciente.

Tendo em vista a manifestação contrária à permanência da empregada, a questão foi submetida à GIPES/CT - Gerência de Filial Gestão de Pessoas que, através de seus representantes, procedeu a entrevistas na própria lotação, com o gestor da unidade, com o empregado orientador, com o empregado representante da equipe e com a empregada avaliada, decidindo, ao final, pela não manutenção da relação de emprego, pelos seguintes fundamentos: “Da análise dos resultados apresentados nas Avaliações e Entrevistas com os envolvidos no processo de Avaliação no Período de Experiência do Empregado, esta GIPES/CT. Decide .

PELA NÃO MANUTENÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO. Justificativa:

- Não atendimento das competências desejadas para o cargo de Técnico Bancário na CAIXA;
- Resultado não satisfatório de vários itens

avaliados, durante o período de estágio probatório, nos aspectos de:

1. Não demonstra nos comportamentos de entrega apreensão/fixação das orientações repassadas, apresentando dificuldade na execução de atividades básicas, como por exemplo, conformidade de contas;
2. Dificuldade de comunicação com a equipe da unidade, o que dificulta o seu aprendizado e desenvolvimento das atividades pertinentes as suas atribuições;
3. Falta iniciativa e empenho na busca de soluções para a realização das tarefas a ela incumbidas;
4. Falta de motivação, comprometimento e pró-atividade na realização das atividades;
5. Dificuldade no atendimento ao público interno gerada pela insegurança e falta de autonomia na busca de soluções e informações;
6. Não demonstrou evolução no aprendizado das atividades atribuídas.
 - Ratificação das avaliações apresentadas pela unidade.
 - Parecer técnico realizado em decorrência da entrevista.

Curitiba, 24 de abril de 2013.” (793832, p. 1/2)

Em depoimento, a Reclamante afirmou que “1- participou de curso de integração em Curitiba, antes de assumir suas funções, onde houve explanação sobre a reclamada e as funções que exerceria; 2- tal curso foi de 15 dias; 3- que fez

2 avaliações junto à reclamada, sendo que na primeira recebeu um retorno sobre os pontos em que precisaria melhorar, qualificando tal retorno como uma espécie de pressão; 4- que na segunda avaliação não recebeu qualquer retorno; 5- que exibidos os documentos de ID 793826 e 793829, esclarece a autora que recebeu no caso da primeira avaliação a nota com algumas observações e no caso da segunda avaliação recebeu apenas a nota; 6- que não se recusou a dar ciência à segunda avaliação; 7- que apenas se recusou a preencher o papel da demissão por orientação de seu advogado, mas depois acabou assinando; 8- que fez uma entrevista com o setor de RH da reclamada, um pouco antes da segunda avaliação, pois logo que a recebeu foi demitida; 9- exibido o documento de ID 793832, não se lembra de tê-lo recebido da reclamada; 10- que recebeu orientações acerca de suas atividades dos empregados Celso e Helen, inclusive por iniciativa própria da depoente após a primeira avaliação; 11- que o empregado Paulo orientou a depoente nos primeiros 15 dias, e a autora informa que conseguia realizar as atividades rotineiras, e quanto àquelas que saíam da rotina, buscava orientações; 12- o empregado Paulo foi transferido para Campo Largo e a depoente assumiu sua vaga; 13- que em determinada oportunidade Igor propôs ajudar a depoente em seu serviço, mas esta recusou a ajuda, pois queria mostrar iniciativa, mas acabou errando na

execução, e ficou taxada como uma pessoa que não aceitava ajuda; 14- que anotava as orientações em uma agenda e as compreendia” (ID 804512, p. 2). O preposto, por sua vez, disse que “1- a autora recebeu treinamento específico para a função e para operar o sistema da reclamada; 2- que a autora passou 2 semanas em Curitiba fazendo cursos e conhecendo o sistema da ré, e após iniciar seus serviços recebia orientação de seus colegas; 3- tal curso em Curitiba é voltado para uma visão geral da CEF, e para onde conseguir os informativos; 4- tal curso é suficiente para todos os empregados; 5- a gestora da autora era a Sra. Maria Cristina; 6- Celso era tesoureiro da ré; 7- a autora era orientada diretamente por Celso; 8- Helen também acompanhava e orientava a autora, sendo que ocupava a função de técnica bancária; 9- a autora era subordinada diretamente a Maria Cristina; 10- que as atividades a serem executadas pela reclamante eram determinadas pela gerente Maria Cristina; 11- na prática Celso não poderia determinar que a autora fizesse ou não determinada tarefa; 12- Celso e Helen orientaram a autora durante todo o contrato; 13- que Celso e Helen trabalhavam no mesmo ambiente de trabalho da autora e estavam à disposição para qualquer dúvida; 14- quando a autora solicitava auxílio ao Celso, recebia; 15- não havia distinção de tratamento de Celso com a autora, nem houve desentendimento entre eles; 16- que o

que era exigido da autora era exigido dos demais empregados; 17- as avaliações eram realizadas pelos colegas que acompanhavam a autora, Celso, Helen e a gerência, de forma individual e depois as notas eram consolidadas; 18- a autora recebia feedback sobre as avaliações e poderia responder por escrito ou argumentar; 19- a autora não tinha iniciativa no trabalho; 20- a autora não sabia trabalhar em equipe; 21- a autora trabalhava na retaguarda da agência, em setor com 4 empregados, incluindo a autora; 22- a autora não tinha contato com clientes; 23- que além dos empregados do seu setor, a autora também mantinha contato com outros empregados da agência, pois o trabalho da autora analisa a conformidade das operações realizadas pelos demais empregados e as encaminhava para o pessoal da retaguarda; 24- a autora não desempenhava as atividades a contento, pois não tinha iniciativa, dificuldade de compreensão das tarefas, dificuldade na comunicação, não conseguia evoluir após as avaliações” (ID 804512, p. 2).

Particularmente, entendo que restaram demonstrados, pela prova produzida nos autos, os motivos indicados pela Reclamada como fundamento para a rescisão do contrato de experiência. Entretanto, prevaleceu, no caso, a divergência do E. Revisor, Des. Marco Antônio Vianna Mansur, no seguinte sentido:

“É possível à ré a estipulação de contratação a título de experiência, uma vez

que esta é submetida ao regime celetista, no qual a referida modalidade contratual é plenamente válida. Além disso, cabe salientar que o caso em discussão é regido por regra prevista em edital de seleção e contrato de trabalho firmado entre as partes ante a sua característica de temporariedade, sendo a autora submetida a período de experiência, passando por avaliações durante a realização de suas atividades laborais, consubstanciando faculdade da ré a rescisão contratual desde que validamente fundamentada. Por falta de lei que regulamente a garantia estatuída no artigo 7º, inciso I, da CR/88 (relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa), ainda vigora, no ordenamento jurídico trabalhista, o direito potestativo de rescisão contratual. O poder patronal, no entanto, não é ilimitado. Há princípios que norteiam o direito do trabalho que delimitam o direito potestativo de rescisão do contrato de trabalho. O valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana são alguns deles, que, em determinadas circunstâncias fáticas e jurídicas, possuem maior peso que o princípio que, a priori, justifica a possibilidade de dispensa sem justa causa, qual seja, o da livre iniciativa patronal. A CEF, portanto, embora não esteja obrigada a realizar procedimento admi-

nistrativo formal ou inquérito para apuração de falta grave, não pode dispensar o empregado como lhe convier. A inexistência do direito à estabilidade não afasta a necessidade de motivação do ato de dispensa. Nesse sentido, inclusive, decidiu o STF na decisão do RE 589998, publicada no DJE nº 61, divulgado em 03/04/2013:

NA SESSÃO DO PLENÁRIO DE 20.3.2013 - Decisão: O Tribunal rejeitou questão de ordem do patrono da recorrente que suscitava fosse este feito julgado em conjunto com o RE 655.283, com repercussão geral reconhecida. Em seguida, colhido o voto-vista do Ministro Joaquim Barbosa (Presidente), o Tribunal deu provimento parcial ao recurso extraordinário para reconhecer a inaplicabilidade do art. 41 da Constituição Federal e exigir-se a necessidade de motivação para a prática legítima do ato de rescisão, [sem destaque no original] vencidos parcialmente unilateralmente do contrato de trabalho os Ministros Eros Grau e Marco Aurélio. O Relator reajustou parcialmente seu voto. Em seguida, o Tribunal rejeitou questão de ordem do advogado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, que suscitava fossem modulados os efeitos da decisão. Plenário, 20.03.2013.

As provas produzidas, porém, são genéricas quanto aos fatos que

embasaram a ruptura contratual. O ônus da prova, no meu entender, era da CEF. A ela cabia demonstrar, na prática, cada uma das situações genericamente apostas na justificativa pela “não manutenção da relação de emprego”:

“Da análise dos resultados apresentados nas Avaliações e Entrevistas com os envolvidos no processo de Avaliação no Período de Experiência do Empregado, esta GIPES/CT decide

PELA NÃO MANUTENÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO Justificativa:

- Não atendimento das competências desejadas para o cargo de Técnico Bancário na CAIXA;

- Resultado não satisfatório de vários itens avaliados, durante o período de estágio probatório, nos aspectos de:

1. Não demonstra nos comportamentos de entrega apreensão/fixação das orientações repassadas, apresentando dificuldade na execução de atividades básicas, como por exemplo, conformidade de contas;

2. Dificuldade de comunicação com a equipe da unidade, o que dificulta o seu aprendizado e desenvolvimento das atividades pertinentes as suas atribuições;

3. Falta iniciativa e empenho na busca de soluções para a realização das tarefas a ela incumbidas;

4. Falta de motivação, comprometimento e pró-ativi-

dade na realização das atividades;

5. Dificuldade no atendimento ao público interno gerada pela insegurança e falta de autonomia na busca de soluções e informações;

6. Não demonstrou evolução no aprendizado das atividades atribuídas.

- Ratificação das avaliações apresentadas pela unidade.

- Parecer técnico realizado em decorrência da entrevista.

Curitiba, 24 de abril de 2013.” (793832, p. 1/2)

A apreciação judicial, no caso, fica impossibilitada. Não há menção a qualquer fato concretamente executado (ou deixado de ser executado) pela autora.

A motivação objetiva do ato de despedida, notadamente na fase em que a empregada adapta-se ao novo emprego, é necessária, inclusive, para que a avaliação não se torne um instrumento de escolha subjetiva de concorrentes em detrimento do princípio da igualdade. Não há como validar processo genérico e contraditório em alguns aspectos.

Veja que na primeira avaliação indica-se como pontos a desenvolver: “proatividade” e “buscar orientações com relação a suas dúvidas.” A autora sustenta que quando errou na execução da tarefa tentou ter iniciativa (proativa), quando a ré

alega que nesse caso deveria buscar orientação. Ainda que o período de experiência seja possível, tal não pode servir de burla. Há que se preservar a segurança do concurso público.

A aprovação no concurso público indica que a autora tinha capacidade. Se a avaliação indica incapacidade, contrariando o concurso, o Judiciário tem que ter condições para aferir se houve ou não incapacidade."

Deste modo, nos termos do voto prevaiente, merece reforma a sentença, a fim de que seja declarada a nulidade da dispensa da Reclamante, eis que desprovida de motivação pertinente e, por consequência, seja determinada a sua reintegração no emprego, observando-se as condições de labor anteriores à dispensa, com o pagamento dos salários e vantagens (o que inclui média de horas extras e reflexos, 13º salário e depósitos do FGTS) desde a data do desligamento (24.04.2013) até a efetiva reintegração.

O período de afastamento deverá, ainda, ser computado para fins de férias, a serem usufruídas oportunamente nos termos da lei.

(...)

Reformo parcialmente, portanto, para determinar a reintegração da autora no emprego, com pagamento dos salários e demais vantagens, a contar do afastamento até a reintegração.

Nas razões de recurso de revista, a reclamada argumenta, em

síntese, que "embora a Autora tenha sido regularmente avaliada segundo o regulamento interno da CAIXA, e a decisão pela demissão esteja motivada segundo o que se espera de todos os contratados durante o período de experiência, o v. acórdão entendeu que a demissão da Recorrida encontrava-se desprovida de motivação não obstante o voto do II. Relator onde restou consignado que efetivamente a demissão pertinente, encontrava-se devidamente motivada", já que houve a dispensa no período do contrato de experiência após a empregada passar pelas avaliações previstas contratualmente.

Sustenta, ainda, que a decisão do TRT adentrou de forma imprópria no mérito dos motivos e incorreu em ingerência inadequada na administração de pessoal da empresa, pois o contrato de experiência é válido por prazo determinado, sendo possível a rescisão até sem motivação.

Assim, merece reforma a decisão recorrida para considerar válida a dispensa motivada levada a efeito após a avaliação realizada no período de experiência, sob pena de violação dos artigos 2º, 443 e 445 da CLT; 7º, I, 37, *caput*, 173, § 1º, II, da Constituição Federal; e decisão contrária à Súmula nº 390 do TST. Colaciona julgados para o confronto de teses.

Vejamos.

Sobre a matéria, a jurisprudência desta Corte, fundamentada na Orientação Jurisprudencial nº 247 da SBDI-1, estabelece que "A des-

pedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade”.

Porém, considerando a decisão do STF, proferida no RE 589.998/PI, que reconheceu a repercussão geral e consagrou a tese jurídica de exigência de motivação da dispensa de empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos, a fim de assegurar ao ato da dispensa a observância dos mesmos princípios regentes da admissão por concurso público, passou-se a entender que a jurisprudência do TST está superada.

É que, em atenção “aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa” (Processo: RE 589998/PI, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe-179 Divulgação 11-09-2013 Publicação 12-09-2013).

O entendimento da Corte Suprema decorre da necessidade de que os princípios constitucionais da impessoalidade, isonomia e legalidade, que regem a admissão por concurso público, sejam observados e respeitados, tanto na admissão como por ocasião da dispensa, protegendo o emprega-

do de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir.

Portanto, a partir da decisão do STF, torna-se imperioso que o ato de dispensa do empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista seja motivado para que não ocorram despedidas ilegais ou abusivas.

No caso concreto, a reclamante foi admitida em contrato de experiência pelo prazo de noventa dias, de acordo com o edital do concurso e nos termos do contrato de trabalho firmado entre as partes.

Também, de acordo o Manual Normativo RH 002.032, vigente quando da admissão da reclamante em 18/02/2013, o empregado no contrato de experiência deveria se submeter a avaliação formal em dois momentos distintos, fato que foi observado pela reclamada, sendo que a demandante nas duas avaliações realizadas obteve pontuação inferior ao mínimo exigido no regulamento de pessoal, mesmo após ter sido orientada sobre os pontos em que deveria melhorar por ocasião da primeira avaliação.

Não obstante a submissão da reclamante às duas avaliações previstas no regulamento de pessoal da reclamada, a empregada, em função do desempenho insatisfatório, foi submetida, também, a uma entrevista com representantes da Gerência de Filial Gestão de Pessoas, sendo decidido, ao final, pela não manutenção da relação de emprego.

No caso concreto, diferentemente do que entendeu a maioria julgadora no TRT, os fatos provados, narrados no acórdão recorrido, permitem o enquadramento jurídico de que não se trata de falta de motivação, mas, sim, de dispensa motivada porque a reclamante, em contrato de experiência, não alcançou as exigências mínimas quando submetida às avaliações específicas previstas no contrato de trabalho.

Ressalte-se que ao Poder Judiciário cumpre verificar se houve a dispensa motivada válida, e não o próprio mérito da conclusão administrativa da CEF quanto à inaptidão da reclamante para continuar no emprego, a qual foi aferida objetivamente com base nas normas internas estabelecidas. Se todos os procedimentos previstos foram cumpridos e a dispensa foi explícita e regularmente motivada, não há como afastar a sua validade.

Importante notar que a exigência de motivação visa a dar publicidade e transparência à dispensa, evitar a arbitrariedade, permitir que o trabalhador saiba as razões da extinção do contrato de trabalho e exercer seu direito de defesa mediante a produção de provas que infirmem as conclusões da empresa quanto à inaptidão para a função que ocupa ou quanto ao desempenho insuficiente para a função exercida.

No caso dos autos, dadas as provas sobre a dispensa motivada, cabia à reclamante infirmá-las, o que não consta no acórdão recorrido.

Sobre a questão, há o seguinte julgado desta Corte, que considerou motivado o ato de dispensa, efetivado após o fim do contrato de experiência no qual o empregado não conseguiu pontuação satisfatória na avaliação a que foi submetido:

“RECURSO DE REVISTA. AUTARQUIA. SERVIDOR PÚBLICO CELETISTA. PREVISÃO DE CONTRATO DE EXPERIÊNCIA EM EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO. MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. I. No presente caso, extrai-se do acórdão recorrido que o Reclamante foi admitido pela Reclamada (Autarquia) por meio de concurso público e que havia ‘previsão no Edital do período de experiência de 90 (noventa) dias a partir do qual, só então, o contrato de trabalho passaria a vigor por tempo indeterminado’. **Consta do julgado que o Autor, ‘sendo avaliado, não obteve êxito na avaliação’ e que a Reclamada demonstrou ‘a contento a existência dos motivos que culminaram na dispensa do autor, bem como a exteriorização de tais circunstâncias (motivação), conferindo validade plena ao ato administrativo’.** II. A Súmula nº 390, I, do TST confere ao servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional o benefício da

estabilidade prevista no art. 41 da CF/88. No entanto, o referido preceito constitucional dispõe que a estabilidade somente será devida após 3 anos de efetivo serviço, o que não ocorreu no caso dos autos. Assim, não se verifica contrariedade ao referido verbete jurisprudencial. III. Não há violação dos arts. 5º, LV, e 37, *caput*, da CF/88, porquanto a Corte Regional registrou que ‘a reclamada, na dispensa do reclamante, observou todas as condições inerentes ao ingresso no emprego público, inclusive a previsão no Edital do período de experiência de 90 (noventa) dias a partir do qual, só então, o contrato de trabalho passaria a vigor por tempo indeterminado’ e que o Reclamante, ‘sendo avaliado, não obteve êxito na avaliação’. Consignou que **a Reclamada demonstrou ‘a contento a existência dos motivos que culminaram na dispensa do autor, bem como a exteriorização de tais circunstâncias (motivação), conferindo validade plena ao ato administrativo’**. Ademais, a análise dos argumentos do Reclamante, no sentido de que ‘a reclamada baseou-se exclusivamente na ficha de avaliação individual, emitida em uma única via interna pelo superior imediato, para proceder à dispensa do trabalhador’ e de que ‘essa avaliação não pode ser recebida como motivação, já que não comprovados os fatos ali descritos’, esbarra na Súmula nº 126 do TST, uma vez que tais fatos não estão consignados no acórdão recorrido. IV. Recurso de revista de que não se conhece.” (Processo: RR -

731-90.2011.5.02.0046, Relatora Desembargadora Convocada: Cilene Ferreira Amaro Santos, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/04/2017);

Portanto, a decisão do TRT que entendeu de forma contrária incorreu em violação do artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, por má-aplicação.

Conheço do recurso de revista por violação do artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, por má-aplicação.

2. MÉRITO

2.1. DISPENSA MOTIVADA. EMPREGADO PÚBLICO CELETISTA ADMITIDO MEDIANTE APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. AVALIAÇÕES DE DESEMPENHO PREVISTAS CONTRATUALMENTE

Conhecido o recurso por violação de dispositivo da Constituição Federal, o provimento é medida que se impõe.

Dou provimento ao recurso de revista para reformar a decisão do TRT e restabelecer a sentença que julgou improcedente os pedidos deduzidos pela reclamante em face da CEF.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, vencido o Excelentíssimo Ministro Augusto César Leite de Carvalho, conhecer do recurso de revista por violação do artigo 37, *caput*,

da Constituição Federal, por má-aplicação, e, no mérito, dar-lhe provimento para reformar a decisão do TRT e restabelecer a sentença que julgou improcedente os pedidos deduzidos pela reclamante em face da CEF.

Brasília, 10 de maio de 2017.

KÁTIA MAGALHÃES ARRUDA,
Ministra Relatora.

Tribunal Superior do Trabalho

Novo plano de cargos e salários de 2008 (Estrutura Salarial Unificada - ESU). Adesão. Renúncia a direitos previstos em planos anteriores. Inexistência de vício. Validade.¹

ACORDÃO

RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/14. PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO REGIONAL POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. Não se cogita de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, quando se verifica que o acórdão recorrido está devidamente fundamentado em relação aos aspectos relevantes para o deslinde da controvérsia. A mera insatisfação com o resultado da decisão recorrida não configura negativa de prestação jurisdicional. Logo, não há que se falar em afronta aos artigos 93, IX, da Constituição Federal, 832 da CLT e 458, II, do CPC/73. **Recurso de revista não conhecido.**

CEF. NOVO PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS DE 2008 (ESTRUTURA SALARIAL UNIFICADA – ESU). ADESÃO. RENÚNCIA A DIREITOS PREVISTOS EM PLANOS ANTERIORES. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO. VALIDADE. No presente caso, restou informado pela Corte de origem que a reclamante pretende diferen-

ças salariais das vantagens pessoais e das promoções por merecimento, com lastro no PCS anterior (PCS/1989), estando patenteado também que a reclamante aderiu livremente ao novo plano de 2008 pela CI VIPES/SURSE 024/08 (nova Estrutura Salarial Unificada), sem vícios de consentimento, buscando, com isso, a aplicação de normas de dois planos, num sistema híbrido de pinçamento das melhores vantagens de cada um deles, conformando o sistema repudiado pela jurisprudência uniforme desta Casa, de aglutinação de normas. Por essas razões, decerto que a decisão regional, que aplicou a Súmula 51, II, do TST, considerando válida a renúncia em relação às normas do plano anterior, ante a adesão volitiva e sem vícios da reclamante, deve ser prestigiada. Precedentes. **Recurso de revista não conhecido. Prejudicado, em razão da validade da renúncia, o exame do recurso de revista no tocante aos temas “integração das parcelas cargo comissionado e CTVa nas VP’s”, “diferenças de salário padrão - VP’s” e “reflexos - VP’s”.**

¹ Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=rtf&numeroFormatado=RR%20-%203690-69.2013.5.12.0051&base=acordao&numProInt=156211&anoProInt=2015&dataPublicacao=04/08/2017%2007:00:00&query=>>>

MULTA POR EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTELATÓRIOS E CORREÇÃO MONETÁRIA.

A autora se volta contra a Corte Regional que rejeitou o seu pleito de correção monetária em conformidade com as normas regulamentares patronais (PCS/89, item 5.1.5, e RH 030601, item 14.1) e lhe condenou ao pagamento da multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do CPC/73. No entanto, é inviável a sua pretensão, porquanto, com o advento da Lei 13.015/2014 o novel § 1º-A do artigo 896 da CLT exige em seu inciso I, como ônus da parte e sob pena de não conhecimento, a indicação do trecho da decisão recorrida que consubstancia o prequestionamento da controvérsia objeto do recurso de revista. No caso concreto, o acórdão regional foi publicado em 05/06/2015, na vigência da referida lei, e o recurso de revista não apresenta a transcrição do trecho da decisão regional que consubstancia o prequestionamento da controvérsia objeto do apelo (vide fls. 1362-1364, 1385 e 1389). A alteração legislativa no aspecto constitui pressuposto de adequação formal de admissibilidade do recurso de revista. A ausência desse requisito formal torna inexecutável o apelo e insuscetível de provimento. **Recurso de revista não conhecido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-RR-3690-69.2013.5.12.0051**, em que é Recorrente **ROSELI APARECIDA COLAVITE DELLA-**

GIUSTINA e Recorrida CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF.

Por meio do v. acórdão às fls. 1302-1324, complementado às fls. 1334-1338 e 1344-1348, o e. TRT da 12ª Região decidiu "*DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DA RÉ para declarar a validade da transação efetuada à época da adesão à nova Estrutura Salarial Unificada e, conseqüentemente, para declarar a quitação de eventuais direitos decorrentes do PCS/1989, entre eles as diferenças de vantagens pessoais e de promoções por merecimento; sem divergência, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DA AUTORA para deferir-lhe os reflexos do auxílio-alimentação sobre férias, terço constitucional de férias, 13º salário, horas extras e FGTS (prescrição trintenária em relação a este último e quinquenal para os demais); e para determinar que os juros de mora não sejam incluídos na base de cálculo do imposto de renda*" (fl. 1324).

Inconformada a autora interpõe recurso de revista às fls. 1352-1389, que foi admitido por meio da r. decisão monocrática às fls. 1392-1394.

Contrarrazões apresentadas às fls. 1398-1413.

Sem remessa dos autos ao d. Ministério Público do Trabalho, conforme permissivo regimental.

Em sessão realizada no dia 29/03/2017 abriu divergência, que, acolhida pelo Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, leva-me a redigir o acórdão.

É o relatório.

Brasília/DF, 29 de março de 2017 (Data de Julgamento).

Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, Redator.

RR - 3690-69.2013.5.12.0051.
DEJT 04/08/2017

VOTO

O recurso de revista é tempestivo e regular a representação processual.

1 – CONHECIMENTO

1.1 – PRELIMINAR DE NULIDADE DO ACÓRDÃO REGIONAL POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Argui a autora (fls. 1353-1362) a nulidade do acórdão regional por negativa de prestação jurisdicional, com a consequente violação dos artigos 93, IX, da Constituição Federal, 333, II, e 458, II, do CPC/73, decorrente da suposta recusa do Juízo *a quo* de sanar as omissões apontadas em sede de embargos de declaração, a saber, “quanto à existência de norma interna da reclamada, em vigor (RH115), que prevê a fórmula das Vantagens Pessoais postuladas, assim como quanto à limitação dos efeitos da Transação havida por ocasião da migração para a “ESU 2008” e da existência de Coisa Julgada quanto à matéria”. Também foi suscitada omissão no tocante à natureza salarial das parcelas “CTVA” e “Cargo em Comissão”, que são parcelas que remuneraram a atividade comissionada, que equivalem à antiga rubrica “Função de Confiança”, e que, portanto, possuem

previsão legal (artigo 457, § 1º da CLT) e não apenas nos normativos internos da reclamada” (fl. 1355).

Sem razão.

Inicialmente, registro que o conhecimento do recurso de revista quanto à preliminar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional supõe denúncia de violação do art. 832 da CLT, 458 do CPC e 93, IX, da Constituição Federal, nos termos da Súmula 459/TST. Assim, desmerece ao fim pretendido a indicação de violação do artigo 333, II, do CPC/73.

Da decisão regional, vê-se que as questões em comento foram tratadas, ainda que em função da prejudicialidade, nos seguintes termos:

“2 – RECURSO ADESIVO DA RÉ

2.1 – Transação. Adesão à nova Estrutura Salarial Unificada

A ré alegou que: *o cargo efetivo da autora, até 30.06.2008, era Escrivário; a partir de julho/2008, com a adesão à nova Estrutura Salarial Unificada, ela foi enquadrada no cargo de Técnico Bancário Novo; o PCS de 1989 foi objeto de transação; a autora recebeu um montante indenizatório bastante significativo; não houve quitação genérica, mas específica; se afastada a transação, então deverá ser determinada a compensação ou devolução da parcela indenizatória. É incontroverso que a autora esteve vinculada ao PCS/1989 até 1º.07.2008, quando aderiu à nova Estrutura Salarial Unificada de 2008 pela CI VIPES/SURSE 024/08, conforme termo*

de transação da fl. 23 do 1º volume de documentos, e optou pelo PCS/1998 (fls. 02 e 96 do 2º volume de documentos). Atente-se para o fato de que a nova Estrutura Salarial teve o devido acompanhamento das entidades representativas da categoria profissional a que pertence o reclamante, como se extrai da cláusula 46 do ACT 2007/2008 (fl. 146 do 2º volume de documentos).

Não é demais lembrar que o acordo coletivo de trabalho é instrumento autônomo de solução de conflito, reconhecido pela Constituição Federal, tendo como parte o sindicato dos empregados a quem cabe, nos termos do art. 8º da CF, a defesa dos interesses do direito dos trabalhadores no âmbito administrativo, judicial e de caráter individual e coletivo. Por outro lado, a adesão do autor à nova Estrutura Salarial Unificada a partir de 01.07.2008 divulgada pela CI VIPES/SURSE 024/08 foi voluntária e sem a comprovação da ocorrência do alegado vício de vontade que pudesse invalidá-la e, nos termos do item II da Súmula 51 do TST, a opção pelo empregado pelo Plano de 1998 implicou na renúncia ao Plano de 1989.

Importa também assegurar-se que a Estrutura Salarial Unificada é ingrediente salutar para enaltecer o princípio da isonomia diante do contingente em âmbito nacional dos empregados da reclamada.

Ademais, o acordo ocorreu pela livre e espontânea adesão do empregado, que não pode vir posteriormente a Juízo reclamar verbas decor-

rentes desta transação, se as quitou expressamente, sob pena de, assim, não reconhecer os termos de uma transação que se efetivou dentro das normas legais atinentes ao referido instituto (art. 840 do Código Civil).

Frise-se que o autor não negou ter recebido a indenização pela adesão à nova Estrutura e, ao pretender que prevaleça apenas a parte que lhe beneficia, posto que minimiza ao extremo os efeitos positivos da transação, dentre os quais inclui-se o valor que recebeu a título de indenização para quitação daquelas parcelas, suas alegações deixam de merecer a devida credibilidade, por estarem em descompasso com o princípio da boa-fé.

Assim, não há que se falar em quitação parcial dos direitos transacionados, porque a transação é indivisível (art. 848 do Código Civil), não podendo o autor aproveitar, tão-somente, a parte que lhe favorece. Nessas condições, **a lícita adesão do reclamante à nova Estrutura Salarial Unificada implica no indeferimento dos pedidos calcados no PCS/1989, ao qual a autora estava vinculada à época da adesão àquela (fl. 96 do 2º volume de documentos), o que abrange as pretendidas diferenças salariais das vantagens pessoais e das promoções por merecimento.**

Impende destacar que não houve imposição de migração para o novo plano por parte da Caixa Econômica Federal, cabendo ainda salientar que toda escolha representa deixar de lado uma hipótese al-

ternativa. Assim, se houve interesse na migração isso foi motivado pelo atrativo que o novo plano apresentou, não sendo possível pretender abarcar apenas a parcela que parece ser vantajosa, sem os ônus correspondentes. Nesse direcionamento, não há como estender um benefício para além dos limites da vontade das partes, sob o risco de se gerar um desequilíbrio.

Dou provimento ao recurso da ré para declarar a validade da transação efetuada à época da adesão à nova Estrutura Salarial Unificada e, conseqüentemente, para declarar a quitação de eventuais direitos decorrentes do PCS/1989, entre eles as diferenças de vantagens pessoais e de promoções por merecimento.

2.2 – Transação. Recálculo das vantagens pessoais

A ré alegou que: *a autora pretende a inclusão do CTVA e do cargo comissionado na base de cálculo das vantagens pessoais; com a adesão da autora à Estrutura Salarial Unificada de 2008, divulgada pela CI VIPES/ SURSE 024/08, as vantagens pessoais foram incorporadas ao salário- padrão; a autora recebeu uma indenização pela transação decorrente dessa adesão; se não acolhida a transação, deve ser determinada a compensação ou devolução desse valor.*

Prejudicada a pretensão por que abrangida pelo item anterior” (fls. 1309-1312, grifamos).

Em sede de embargos de declaração, em duas oportunidades,

aquela Corte ainda se pronunciou, registrando:

Ac. ED-1

“A autora alegou que: *foi indeferido o pedido de diferenças de vantagens pessoais porque validada a transação havida; a análise deveria ter sido feita com base nos itens 3.3.12 e 3.3.14 da RH 115, pois a fórmula de cálculo prevista no PCS/ 1989 não se alterou por ocasião da implementação do PCC/ 1998; o cargo comissionado equivale à função de confiança e o CTVA é mero desdobramento da gratificação de função.*

O pedido deduzido pela autora foi o de pagamento de diferenças de vantagens pessoais até junho/ 2008 (pedido 3º da petição inicial, sendo que o pedido 4º é acessório em relação àquele). A adesão à nova Estrutura Salarial Unificada ocorreu em 07.07.2008 (fl. 02 do 2º volume de documentos), cuja transação importou na quitação de direitos amparados no Plano anterior, entre os quais as vantagens pessoais. A discussão acerca da natureza do cargo comissionado e do CTVA somente seria apropriada se estivesse sob a análise a composição da base de cálculo das vantagens pessoais, o que não ocorreu devido à transação havida.

Rejeito os embargos” (fl. 1336-1337, grifamos).

Ac. ED-2

“1 – Transação

A autora alegou que: *foram indicadas provas documentais essenciais ao deslinde da ques-*

tão relativa à transação; essas provas devem ser apreciadas porque constituem o principal fundamento da tese autoral quanto à inexistência de quitação.

Já constou no acórdão dos primeiros embargos de declaração que “o julgamento seguiu as diretrizes da CI VIPES/SURSE 024/08, sendo que a estipulação dos critérios relativos à transação foi objeto de prévia participação do sindicato profissional” (fl. 135v.).

Logo, independentemente do teor do Ofício nº 160/2008/SURSE, de 1º.07.2008, firmado pela CEF e endereçado à Federação dos Bancários do Rio Grande do Sul (fl. 75v. do 1º volume de documentos), há de prevalecer os termos do item 7.3 da CI VIPES/SURSE 024/08 (fl. 70v. do 1º volume de documentos), cuja redação amparou-se no parágrafo 6º da cláusula 5ª do Aditivo ao ACT 2007/2008 (fl. 279 do 3º volume de documentos), a qual definiu as bases da adesão à Estrutura Salarial Unificada e estabeleceu que “a adesão à Estrutura Salarial Unificada 2008 da Carreira Administrativa do PCS/98 implica na transação e quitação de eventuais direitos que tenham por objeto discussão em torno de Plano de Cargos e Salários – PCS” (destaques acrescidos).

Portanto, rejeito os embargos de declaração pela inexistência da omissão apontada, visto que esta matéria já tinha sido objeto de apreciação nos acórdãos anteriores.

2 – Vantagens pessoais

A autora alegou que não houve manifestação quanto ao

pedido recursal formulado com base nas fórmulas vigentes das referidas rubricas, constantes nos itens 3.3.12 e 3.3.14 da RH 115.

Segundo a autora, a pretensão concernente às diferenças das vantagens pessoais deveria ter sido analisada com base nos itens 3.3.12 e 3.3.14 da RH 115, que fixaram as respectivas bases de cálculo.

No entanto, conforme já constou no acórdão dos primeiros embargos de declaração (fl. 136), as diferenças de vantagens pessoais pela inclusão da verba cargo comissionado foram pleiteadas em relação ao período transcorrido até junho/2008 (pedido 3º da petição inicial – fl. 06), ou seja, período no qual a autora era incontroversamente regida pelo PCS/1989 (em 1º.07.2008 ela migrou para o PCS/1998 – fls. 02 e 96 do 2º volume de documentos). Porém, consoante fundamentos anteriormente expostos, um dos efeitos da adesão da autora à nova Estrutura Salarial Unificada foi a transação e quitação de eventuais direitos referentes ao PCS anterior, qual seja, o PCS/1989. Por conseguinte, independentemente do teor dos itens 3.3.12 e 3.3.14 da RH 115, prevalecem a transação e quitação referidas. Rejeito os embargos de declaração pela inexistência da omissão apontada, visto que esta matéria também já tinha sido objeto de apreciação nos acórdãos anteriores” (fls. 1345-1347, destacamos).

Assim, das transcrições supra, notadamente da parte negritada, vê-se que a Corte Regional respondeu os questionamentos da autora, notadamente na confirmação da validade da transação com conseqüente quitação das parcelas aqui mencionadas, não se justificando a alegação de negativa de prestação jurisdicional.

Com efeito, não se cogita de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, quando se verifica que o acórdão recorrido está devidamente fundamentado em relação aos aspectos relevantes para o deslinde da controvérsia. A mera insatisfação com o resultado da decisão recorrida não configura negativa de prestação jurisdicional. Logo, não há que se falar em afronta aos artigos 93, IX, da Constituição Federal, 458, II, do CPC/73 e 832 da CLT.

NÃO CONHEÇO.

1.2 – CEF – NOVO PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS DE 2008 (ESTRUTURA SALARIAL UNIFICADA – ESU) – ADESÃO – RENÚNCIA A DIREITOS PREVISTOS EM PLANOS ANTERIORES – INEXISTÊNCIA DE VÍCIO – VALIDADE

A autora, por meio das razões de revista às fls. 1365-1376 e 1381-1385, sustenta que a adesão ao novo plano de cargos e salários da CEF, cognominado de Estrutura Salarial Unificada (ESU), não pode conduzir à renúncia em relação às verbas previstas em planos anteriores, nem exigir que se renuncie ao ajuizamento de ações trabalhistas, nos termos dos arts.

9º e 468 da CLT e da divergência jurisprudencial acostada.

Acrescenta que *“A suposta transação seria de todo desproporcional, acarretando enorme prejuízo a reclamante e afrontando o art. 458 da CLT e o art. 5º, XXXV da CF, além de agredir os princípios da proteção do direito adquirido e da indisponibilidade dos direitos trabalhistas”* (fl. 1384). Aponta, ainda, violação do artigo 5º, XXXVI, da CF.

Eis os fundamentos da Corte Regional para dar provimento ao recurso ordinário da CEF *“para declarar a validade da transação efetuada à época da adesão à nova Estrutura Salarial Unificada e, conseqüentemente, para declarar a quitação de eventuais direitos decorrentes do PCS/1989, entre eles as diferenças de vantagens pessoais e de promoções por merecimento”* (fl. 1324):

“2 – RECURSO ADESIVO DA RÉ

2.1 – Transação. Adesão à nova Estrutura Salarial Unificada

A ré alegou que: *o cargo efetivo da autora, até 30.06.2008, era Escrivário; a partir de julho/2008, com a adesão à nova Estrutura Salarial Unificada, ela foi enquadrada no cargo de Técnico Bancário Novo; o PCS de 1989 foi objeto de transação; a autora recebeu um montante indenizatório bastante significativo; não houve quitação genérica, mas específica; se afastada a transação, então deverá ser determinada a compensação ou devolução da parcela indenizatória.*

É incontroverso que a autora esteve vinculada ao PCS/1989 até 1º.07.2008, quando aderiu à nova Estrutura Salarial Unificada de 2008 pela CI VIPES/SURSE 024/08, conforme termo de transação da fl. 23 do 1º volume de documentos, e optou pelo PCS/1998 (fls. 02 e 96 do 2º volume de documentos). Atente-se para o fato de que a nova Estrutura Salarial teve o devido acompanhamento das entidades representativas da categoria profissional a que pertence o reclamante, como se extrai da cláusula 46 do ACT 2007/2008 (fl. 146 do 2º volume de documentos).

Não é demais lembrar que o acordo coletivo de trabalho é instrumento autônomo de solução de conflito, reconhecido pela Constituição Federal, tendo como parte o sindicato dos empregados a quem cabe, nos termos do art. 8º da CF, a defesa dos interesses do direito dos trabalhadores no âmbito administrativo, judicial e de caráter individual e coletivo. Por outro lado, a adesão do autor à nova Estrutura Salarial Unificada a partir de 01.07.2008 divulgada pela CI VIPES/SURSE 024/08 foi voluntária e sem a comprovação da ocorrência do alegado vício de vontade que pudesse invalidá-la e, nos termos do item II da Súmula 51 do TST, a opção pelo empregado pelo Plano de 1998 implicou na renúncia ao Plano de 1989.

Importa também assegurar-se que a Estrutura Salarial Unificada é ingrediente salutar para enaltecer o princípio da isonomia diante do contin-

gente em âmbito nacional dos empregados da reclamada.

Ademais, o acordo ocorreu pela livre e espontânea adesão do empregado, que não pode vir posteriormente a Juízo reclamar verbas decorrentes desta transação, se as quitou expressamente, sob pena de, assim, não reconhecer os termos de uma transação que se efetivou dentro das normas legais atinentes ao referido instituto (art. 840 do Código Civil).

Frise-se que o autor não negou ter recebido a indenização pela adesão à nova Estrutura e, ao pretender que prevaleça apenas a parte que lhe beneficia, posto que minimiza ao extremo os efeitos positivos da transação, dentre os quais inclui-se o valor que recebeu a título de indenização para quitação daquelas parcelas, suas alegações deixam de merecer a devida credibilidade, por estarem em descompasso com o princípio da boa-fé. Assim, não há que se falar em quitação parcial dos direitos transacionados, porque a transação é indivisível (art. 848 do Código Civil), não podendo o autor aproveitar, tão-somente, a parte que lhe favorece. Nessas condições, **a lícita adesão do reclamante à nova Estrutura Salarial Unificada implica no indeferimento dos pedidos calçados no PCS/1989, ao qual a autora estava vinculada à época da adesão àquela (fl. 96 do 2º volume de documentos), o que abrange as pretendidas diferenças salariais das vantagens pessoais e das promoções por merecimento.**

Impende destacar que não houve imposição de migração

para o novo plano por parte da Caixa Econômica Federal, cabendo ainda salientar que toda escolha representa deixar de lado uma hipótese alternativa. Assim, se houve interesse na migração isso foi motivado pelo atrativo que o novo plano apresentou, não sendo possível pretender abarcar apenas a parcela que parece ser vantajosa, sem os ônus correspondentes. Nesse direcionamento, não há como estender um benefício para além dos limites da vontade das partes, sob o risco de se gerar um desequilíbrio.

Dou provimento ao recurso da ré para declarar a validade da transação efetuada à época da adesão à nova Estrutura Salarial Unificada e, conseqüentemente, para declarar a quitação de eventuais direitos decorrentes do PCS/1989, entre eles as diferenças de vantagens pessoais e de promoções por merecimento.

2.2 – Transação. Recálculo das vantagens pessoais

A ré alegou que: *a autora pretende a inclusão do CTVA e do cargo comissionado na base de cálculo das vantagens pessoais; com a adesão da autora à Estrutura Salarial Unificada de 2008, divulgada pela CI VIPES/SURSE 024/08, as vantagens pessoais foram incorporadas ao salário-padrão; a autora recebeu uma indenização pela transação decorrente dessa adesão; se não acolhida a transação, deve ser determinada a compensação ou devolução desse valor.*

Prejudicada a pretensão por que abrangida pelo item

anterior” (fls. 1309-1312, grifamos).

Passo ao exame

Como visto, o TRT de origem sedimentou que a autora aderiu, de forma voluntária e sem vício de vontade, à nova Estrutura Salarial Unificada em 2008, pela CI VIPES/SURSE 024/08, consoante o termo de transação juntado aos autos, tendo recebido indenização pela adesão, sendo certo que o novo plano foi fruto da cláusula 46 do ACT 2007/2008. Concluiu, assim, ser lícita a transação operada, inclusive com a quitação expressa das verbas atinentes a plano anterior. Enfatizou, ainda, não ter havido imposição de migração para o novo plano por parte da CEF. Recusou, ao fim, o pedido de recálculo das vantagens pessoais pela observância do regramento a que se encontrava jungida antes da adesão (inclusão do CTVA e do cargo comissionado na base de cálculo das vantagens pessoais, diferenças salariais, promoções).

Diante do quadro descrito, resolvi verificar a ocorrência de possível tratamento distinto quanto à mesma questão pelos órgãos fracionários desta Corte, a fim de formar o meu convencimento.

O Pleno do TST, no julgamento do TST-E-ED-ED-RR-300800-25.2005.5.04.0104, em 29/9/15 (DEJT de 29/10/2015), Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, assentou que, quando o pleito fosse de recálculo do benefício saldado, para majoração da base de cálculo da complementação de aposen-

tadoria, ante a incidência de parcela reconhecida em ação judicial, para fim de recolhimento da contribuição para a FUNCEF, não se tratava de hipótese de aplicação da Súmula 51, II, do TST. Com efeito, ficou registrado que, nessa circunstância, não se estava perpetrando pinçamento de normas de regulamentos distintos e coexistentes, mas de direito já incorporado ao patrimônio jurídico do trabalhador para a complementação de proventos. **É dizer, estatuiu-se não haver renúncia à base de cálculo da complementação de aposentadoria.** Eis a ementa do julgado:

TRIBUNAL PLENO. RECURSO DE EMBARGOS. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. OPÇÃO PELO NOVO PLANO CEEEPREV. EFEITOS. VALIDADE DA ADESÃO ÀS NOVAS REGRAS. MANUTENÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE DE RENÚNCIA DE DIREITOS. SÚMULA 51, II, DO C. TST. A adesão do autor ao novo Plano de benefícios CEEEPREV, embora tenha ocorrido sem vícios, com a aceitação dos seus termos e condições, não tem seu alcance irrestrito, sendo válida somente quanto às regras do novo plano, mas não quanto à base de cálculo da complementação de aposentadoria da autora, em face da majoração de sua base de cálculo, reconhecida em decisão judicial transitada em julgado. Nesse contexto, a adesão ao novo regramento não implicou a renúncia à base de cálculo da complementação de aposentadoria, já que

a referida base vem sendo formatada desde antes da adesão da reclamante às novas regras, sendo integrada por verbas decorrentes de direitos já adquiridos pela autora e incorporadas ao seu patrimônio jurídico. Por consequência, as parcelas deferidas em ação trabalhista ajuizada anteriormente à migração da reclamante para o novo plano de benefícios, por integrarem o seu contrato de trabalho, também aderem à base de cálculo da complementação de aposentadoria. Assim, não contraria a Súmula 51, II, deste c. TST, a discussão acerca da base de cálculo da complementação de aposentadoria que a empregada levou para a migração. São devidas, portanto, as diferenças de complementação de aposentadoria pleiteadas, observada a prescrição quinquenal, por consequência do afastamento da tese da c. Turma de ser inócua a apreciação da prescrição em razão da renúncia que, por sua vez, não tem o condão de retirar o direito à incorporação de parcelas reconhecidas judicialmente, na complementação de aposentadoria. A prescrição a ser aplicada é quinquenal, nos termos da Súmula 327 do c. TST, diante do adimplemento a menor da complementação de aposentadoria. Recurso de revista conhecido e provido.

A SBDI-1 do TST reproduz, de forma uníssona, o entendimento do Pleno do TST, erigido, *a priori*, em relação à opção por novo plano de benefícios.

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO PELA FUNCEF SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.496/2007. PARCELA DENOMINADA “COMPLEMENTO TEMPORÁRIO VARIÁVEL DE MERCADO - CTVA”. NATUREZA JURÍDICA. INTEGRAÇÃO À COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. PLANO DE BENEFÍCIOS REG/REPLAN. RECÁLCULO DO BENEFÍCIO SALDADO. 1. Consoante decisão unânime desta colenda Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, proferida no julgamento do processo n.º TST- E-ED-RR-802-50.2010.5.04.0021, da relatoria do Exmo. Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, publicado no DEJT de 21/3/2014, “a adesão do reclamante ao novoplano de previdência privada não o impede de discutir o recálculo do ‘Saldamento’ e da ‘Reserva Matemática’, em relação ao plano anterior, pelo reconhecimento de inclusão da CTVA na respectiva base de cálculo. A pretensão não retrata pinçamento de benefícios traduzidos em ambos os planos, mas de correção de cálculo de parcelas, cujos direitos incorporaram ao patrimônio jurídico do autor, enquanto vigente o plano anterior”, não havendo falar, na hipótese, em contrariedade à Súmula n.º 51, II, do TST. 2. Recurso de embargos conhecido e não provido.

FORMAÇÃO DE RESERVA MATEMÁTICA. FUTURO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. CONTRATO EM CURSO. inespecificidade do aresto TRAZIDO A COLAÇÃO. 1. Afigura-se inviável o processamento do recurso de embargos calcado em di-

vergência jurisprudencial, quando inespecífico o aresto trazido a colação, nos termos da Súmula n.º 296, I, do Tribunal Superior do Trabalho. 2. Recurso de embargos não conhecido (TST-E-ED-RR-2078-48.2011.5.03.0009, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, DEJT de 20/06/2014).

RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO SOB A ÉGIDE DA LEI 11.496/07. CEF. CTVA. INTEGRAÇÃO NA BASE DE CÁLCULO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. RECÁLCULO DE SALDAMENTO. ADEÇÃO AO NOVO PLANO. TRANSAÇÃO. EFEITOS. Por decisão unânime desta C. SBDI-1 proferida no julgamento de recurso de embargos no processo TST-ED-RR-802-50.2010.5.04.0021, da relatoria do Exmo. Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, publicado no DEJT de 21/3/2014, “a adesão do reclamante ao novo plano de previdência privada não o impede de discutir o recálculo do ‘Saldamento’ e da ‘Reserva Matemática’, em relação ao plano anterior, pelo reconhecimento de inclusão da CTVA na respectiva base de cálculo. A pretensão não retrata pinçamento de benefícios traduzidos em ambos os planos, mas de correção de cálculo de parcelas, cujos direitos incorporaram ao patrimônio jurídico do autor, enquanto vigente o plano anterior-, não havendo falar, na hipótese, em contrariedade à Súmula n.º 51, II, do TST”. Assim, a matéria encontra-se pacificada, atraindo o art. 894, II, da CLT. Precedentes da SBDI-1. Recurso de embargos não conhecido.

RECOMPOSIÇÃO DA RESERVA MATEMÁTICA. ENCARGO EXCLUSIVO DA PATROCINADORA, CEF. A respeito da matéria, esta Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, em sessão de 28/04/2016, ao julgamento do processo E-ED-ARR-2359-25.2011.5.12.0018 (DEJT 06/05/2016), entendeu que "(...) a responsabilidade pela recomposição da reserva matemática, a exceção do custeio que é compartilhada, deve ser atribuída unicamente à patrocinadora que deu causa a não incidência do custeio no salário de contribuição a época própria e, conseqüentemente, inviabilizou o investimento, em tempo oportuno, da diferença desses recursos, pela não consideração de parcelas, agora reconhecidas como de natureza salarial". O acórdão da Eg. Turma encontra-se em sintonia com tal entendimento, de maneira que a divergência jurisprudencial alegada encontra-se superada. Aplicação do art. 894, II, da CLT. Recurso de embargos não conhecido (TST-ED-RR-1062-46.2010.5.09.0003, Rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann, SBDI-1, DEJT de 17/06/2016).

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO PELA FUNCEF SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 11.496/2007. PARCELA DENOMINADA "COMPLEMENTO TEMPORÁRIO VARIÁVEL DE MERCADO – CTVA". NATUREZA JURÍDICA. INTEGRAÇÃO À COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. PLANO DE BENEFÍCIOS REG/REPLAN. RECÁLCULO DO BENEFÍCIO SALDADO.

1. Consoante decisão unânime desta colenda Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, proferida no julgamento do processo n.º TST- E-ED-RR-802-50.2010.5.04.0021, da relatoria do Exmo. Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, publicado no DEJT de 21/3/2014, "a adesão do reclamante ao novo plano de previdência privada não o impede de discutir o recálculo do 'Saldamento' e da 'Reserva Matemática', em relação ao plano anterior, pelo reconhecimento de inclusão da CTVA na respectiva base de cálculo. A pretensão não retrata pinçamento de benefícios traduzidos em ambos os planos, mas de correção de cálculo de parcelas, cujos direitos incorporaram ao patrimônio jurídico do autor, enquanto vigente o plano anterior", não havendo falar, na hipótese, em contrariedade à Súmula n.º 51, II, do TST. 2. Recurso de embargos conhecido e não provido (TST-E-ED-RR-2078-48.2011.5.03.0009, Rel. Min. Lélío Bentes Corrêa, SBDI-1, DEJT de 20/06/2014).

No entanto, verifico que, quando a discussão se estabelece em torno de adesão a plano de cargos e salários, notadamente em relação ao plano ESU/2008 da CEF, a Corte tem emitido posicionamentos discrepantes, inclusive no seio da SBDI-1, a qual me ateno, por disciplina judiciária.

Com efeito, **distingo dois posicionamentos quanto à aplicação da Súmula 51, II, do TST**, nas hipóteses específicas da CEF, de **adesão ao novo plano**,

pela Circular VIPES/SURSE 24/08, com renúncia ao plano de benefícios REG/REPLAN e ao antigo plano da FUNCEF.

O **primeiro** deles analisa a adesão ao novo plano de cargos e salários com a renúncia e o saldamento do plano REG/REPLAN e FUNCEF, inclusive com desistência de ações judiciais com base nos regulamentos anteriores e renúncia a verbas nestes previstas, concluindo pela **incidência da Súmula 51, II, do TST**. São paradigmas que o ilustram:

RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 11.496/2007. CEF. ADEÇÃO A NOVO PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. IMPOSIÇÃO REGULAMENTAR DE RENÚNCIA ÀS REGRAS DO PLANO ANTERIOR, MIGRAÇÃO PARA NOVO PLANO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR E DESISTÊNCIA DE AÇÕES JUDICIAIS. Controvérsia sobre a validade do ato normativo interno CI VIPES/SURSE 024/08, que condicionou a adesão ao novo Plano de Cargos e Salários da Caixa Econômica Federal (PCS de 2008) à migração para o novo plano de previdência complementar e à desistência de ações judiciais em curso – ou renúncia em ajuizamento futuro –, fundadas em direitos relativos aos antigos PCS (de 1989 e 1998). A Turma do TST, com fundamento no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, deu parcial provimento ao recurso de revista, apenas para garantir o direito obreiro de adesão ao novo PCS sem prejuízo das ações judiciais em trâmite ou

futuras. Em consequência, reconheceu a validade da incidência das regras do novo PCS e da imposição de migração para o novo plano de previdência complementar. Decisão em consonância com as Súmulas 51, II, e 288, II, do TST. Afinal, conquanto inválida a exigência de desistência de ações judiciais ou renúncia ao direito de ajuizamento futuro (artigos 5º, XXXV, e 60, § 4º, da Constituição Federal), a jurisprudência sumulada desta Corte considera lícito à empresa exigir do empregado a opção integral por novo plano de cargos e salários e consequente migração a novo plano de previdência complementar. A consonância da decisão com súmulas do TST torna inviável o apelo, nos termos da parte final do inciso II do art. 894 da CLT. Recurso de embargos não conhecido (TST-E-ED-RR-608400-73.2008.5.12.0014, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, SBDI-1, DEJT de 22/8/2014).

AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. NORMA COLETIVA. NOVO PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. ADEÇÃO. MIGRAÇÃO PARA O NOVO PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. SÚMULA Nº 51, ITEM II, DO TST. APLICAÇÃO

1. Estipulado, mediante norma coletiva, fruto de intensa negociação entre os Sindicatos representantes das categorias econômica e profissional, que a adesão do empregado ao novo Plano de Cargos e Salários da Caixa Econômica Federal pressupõe a adesão,

também, ao novo plano de previdência privada, inviável a pretensão de adesão à nova estrutura salarial da CEF com a manutenção das regras do plano de previdência anterior. Inteligência da Súmula nº 51, item II, do TST, bem aplicada na espécie.

2. Agravo regimental a que se nega provimento (TST-AgR-ER-227400-42.2008.5.12.0009, Rel. Min. João Oreste Dalazen, SBDI-1, DEJT de 30/09/2016).

RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI Nº 11.496/2007. ADESAO A NOVO PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. A opção dos empregados por um novo Plano de Cargos e Salários tem efeito jurídico de renúncia às regras do outro, ainda que os benefícios estejam previstos em regulamento instituído por entidades de previdência privada, bastando não estar viciada a opção – exatamente como registrado no caso destes autos. Nesse contexto, impõe-se reafirmar a conclusão no sentido da sintonia do posicionamento adotado pela egrégia Turma com a Súmula nº 51, II, do TST, a atrair o óbice contido na parte final do artigo 894, II, da Consolidação das Leis do Trabalho. Recurso de embargos de que não se conhece (TST-E-RR-311-39.2010.5.12.0015, Rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, SBDI-1, DEJT de 9/9/2016).

A segunda linha verificada, oposta à primeira, explícita que a cláusula de plano de cargos e

salários que exige, para adesão, a renúncia a direitos já incorporados ao contrato de trabalho não é válida e não permite a incidência da Súmula 51, II, do TST. Apon-ta para a coerção presumida da norma VIPES/SURSE 024/08 da reclamada e afasta a validade da transação operada entre as partes. Forçoso enfatizar, ainda, que, os precedentes nesse sentido, apesar de julgados pela SBDI-1 do TST, foram todos da relatoria do Min. Aloysio Corrêa da Veiga. São eles, *verbis*:

RECURSO DE EMBARGOS. ADESAO AO NOVO PLANO DE BENEFÍCIOS REG/REPLAN. RENÚNCIA AO ANTERIOR. VALIDADE DA TRANSAÇÃO. ADESAO À NOVA ESTRUTURA SALARIAL UNIFICADA. PCS/2008. RENÚNCIA A DIREITOS. A Súmula 51, II, do c. TST não se aplica para o fim de dar eficácia a cláusula de Plano de Cargos e Salários que obriga a renúncia a direitos já incorporados ao contrato de trabalho ou de validar renúncia a direitos já incorporados ao patrimônio jurídico do empregado. Diante da presumida coerção para aceitação das condições previstas na CI VIPES/SURSE 024/08, necessário que se limite a quitação e a renúncia, em respeito aos princípios inseridos no art. 5º, XXXV e XXXXVI, da Constituição Federal. Efetivamente, não se nega estar inserido no poder diretivo do empregador a instituição de novo plano de cargos e salários devidamente negociado com o sindicato profissional. Não obstante, deve ser repe-

lido pelo ordenamento jurídico conduzida como a da reclamação que condiciona a migração ao novo plano de cargos à renúncia genérica de direitos a que eventualmente faça jus o trabalhador, por não ser possível a renúncia de direitos trabalhistas já incorporados ao seu patrimônio jurídico, sob pena de ofensa aos arts. 5º, XXXV e XXXVI, da Constituição Federal, que garantem o acesso à justiça e a preservação do direito adquirido. Deve ser reconhecido, portanto, o direito de adesão à Nova Estrutura Unificada, independente da renúncia ou desistência do empregado ao direito de ação. Precedentes. Embargos conhecidos e desprovidos (TST-E-ED-RR-2993100-92.2008.5.09.0001, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, SBDI-1, DEJT de 30/9/2016).

RECURSO DE EMBARGOS. ADEÇÃO AO NOVO PLANO DE BENEFÍCIOS REG/REPLAN. RENÚNCIA AO ANTERIOR. VALIDADE DA TRANSAÇÃO. ADEÇÃO À NOVA ESTRUTURA SALARIAL UNIFICADA. PCS/2008. RENÚNCIA A DIREITOS. A Súmula 51, II, do c. TST não se aplica para o fim de dar eficácia a cláusula de Plano de Cargos e Salários que obriga a renúncia a direitos já incorporados ao contrato de trabalho ou de validar renúncia a direitos já incorporados ao patrimônio jurídico do empregado. Diante da presumida coerção para aceitação das condições previstas na CI VIPES/SURSE 024/08, necessário que se limite a quitação e a renúncia, em respeito aos princípios inseridos

no art. 5º, XXXV e XXXVI, da Constituição Federal. Efetivamente, não se nega estar inserido no poder diretivo do empregador a instituição de novo plano de cargos e salários devidamente negociado com o sindicato profissional. Não obstante, deve ser repellido pelo ordenamento jurídico conduzida como a da reclamação que condiciona a migração ao novo plano de cargos à renúncia genérica de direitos a que eventualmente faça jus o trabalhador, por não ser possível a renúncia de direitos trabalhistas já incorporados ao seu patrimônio jurídico, sob pena de ofensa aos arts. 5º, XXXV e XXXVI, da Constituição Federal, que garantem o acesso à justiça e a preservação do direito adquirido. Deve ser reconhecido, portanto, o direito de adesão à Nova Estrutura Unificada, independente da renúncia ou desistência do empregado ao direito de ação. Precedentes. Embargos conhecidos e desprovidos (TST-E-ED-608685-30.2008.5.12.0026, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, SBDI-1, DEJT de 12/2/2016).

Da fundamentação do primeiro precedente alinhado extrai-se, *verbis*:

MÉRITO

A decisão que dá validade a normas internas que objetivam a quitação das normas (eventuais direitos assegurados previamente) do plano de cargos anterior por opção da empregada quando da adesão ao novo plano, como no caso em exame, não traduz a melhor interpretação ao que dispõe o item II da

Súmula 51 do c. TST, que se transcreve:

II - Havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro. (ex-OJ nº 163 da SBDI-1 - inserida em 26.03.1999)

A referida Súmula tem arrimo na jurisprudência desta Corte que não admite que o empregado faça opção por determinado regulamento empresarial para, após, vir a juízo, pinçar de um e de outro regulamento as normas que lhe sejam mais favoráveis.

O que se debate no caso em exame é se o conteúdo da norma interna não está a afrontar o princípio constitucional fundamental do acesso à Justiça.

No presente caso, em via transversa, verifica-se que a CEF, com o fim evidente de inibir o acesso ao Poder Judiciário, impõe aos empregados enquadrados no antigo plano de cargos e salários a migração para o novo plano com melhores vantagens, com a condição de conferir quitação de eventuais direitos que tenham por objeto a discussão em torno do Plano de Cargos e Salários.

O instituto da renúncia detém os mesmos requisitos do ato jurídico para lhe ser conferida validade: objeto lícito, capacidade das partes e manifestação de vontade.

Se a renúncia, no processo do trabalho, é apreciada de modo cuidadoso, em especial quando em vigor o contrato de trabalho, a figura da renúncia

tácita sequer pode ser reconhecida, em face dos princípios que norteiam o direito do trabalho, em especial o da hipossuficiência, visto que estará subordinada a conduta determinante de que a parte está a abdicar de um direito. Não se nega estar inserido no poder diretivo do empregador a instituição de novo plano de cargos e salários devidamente negociado com o sindicato profissional.

O que se examina, como já mencionado, é a opção à migração para o novo plano de forma condicionada à renúncia de eventuais direitos e a arguição de que não se trata de imposição, visto prevalecer a vontade do empregado, na medida em que o fim da norma coletiva é atribuir vantagens e benefícios, e não retirar do empregado direitos já incorporados ao seu patrimônio jurídico.

Na realidade, a norma da CEF tem conteúdo ofensivo ao direito constitucional de acesso ao Poder Judiciário, e não pode ser recepcionada em afronta aos princípios que protegem o direito do trabalhador, pela inafastabilidade da garantia constitucional de pleitear judicialmente.

Como já visto, a fórmula encontrada pela CEF traz, sim, prejuízos aos empregados, na medida em que os obriga a abdicar de eventuais direitos, sob pena de impedir a vinculação ao novo sistema de estrutura salarial unificada, em atitude que denota coerção.

Eis o teor da cláusula trazida pelo eg. TRT:

Poderão aderir à Estrutura Salarial Unificada 2008 todos os empregados a da Carreira Administrativa do PCS/89 e PCS/98, lotados em unidades localizadas na região de abrangência dos Sindicatos que assinaram o Aditivo ao Acordo Coletivo de Trabalho para implementação da estrutura salarial unificada em suas bases, com exceção dos empregados vinculados ao Plano de previdência Complementar REG/REPLAN sem saldamento, junto à FUNCEF.

Destaque-se ainda que a norma coletiva determinou que “a adesão à Estrutura Salarial Unificada 2008 da carreira administrativa do PCS/98 implica na transação e quitação de eventuais direitos que tenham por objeto discussão em torno de Plano de Cargos e salários – PCS, na exata forma prevista na cláusula 6ª”.

A não recepção de cláusulas impeditivas ao acesso da justiça, por traduzirem coerção ao empregado que, não tem outra saída senão aderir, sob pena de não se beneficiar da nova estrutura salarial, é corolário lógico da observância dos princípios que regem o direito de acesso à justiça e do ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXV e XXXVI, da CF).

A matéria, inclusive, foi objeto de Sessão do Tribunal Pleno, sendo eu Redator Designado, quando definiu-se:

TRIBUNAL PLENO. RECURSO DE EMBARGOS. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. OPÇÃO PELO

NOVO PLANO CEEEPREV. EFEITOS. VALIDADE DA ADEÇÃO ÀS NOVAS REGRAS. MANUTENÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE DE RENÚNCIA DE DIREITOS. SÚMULA 51, II, DO C. TST. A adesão do autor ao novo Plano de benefícios CEEEPREV, embora tenha ocorrido sem vícios, com a aceitação dos seus termos e condições, não tem seu alcance irrestrito, sendo válida somente quanto às regras do novo plano, mas não quanto à base de cálculo da complementação de aposentadoria da autora, em face da majoração de sua base de cálculo, reconhecida em decisão judicial transitada em julgado. Nesse contexto, a adesão ao novo regramento não implicou a renúncia à base de cálculo da complementação de aposentadoria, já que a referida base vem sendo formatada desde antes da adesão da reclamante às novas regras, sendo integrada por verbas decorrentes de direitos já adquiridos pela autora e incorporadas ao seu patrimônio jurídico. Por consequência, as parcelas deferidas em ação trabalhista ajuizada anteriormente à migração da reclamante para o novo plano de benefícios, por integrarem o seu contrato de trabalho, também aderem à base de cálculo da complementação de aposentadoria. Assim, não contraria a Súmula 51, II, deste c. TST, a discussão acerca da base de cálculo da complementação de aposen-

tadoria que a empregada levou para a migração. São devidas, portanto, as diferenças de complementação de aposentadoria pleiteadas, observada a prescrição quinquenal, por consequência do afastamento da tese da c. Turma de ser inócua a apreciação da prescrição em razão da renúncia que, por sua vez, não tem o condão de retirar o direito à incorporação de parcelas reconhecidas judicialmente, na complementação de aposentadoria. A prescrição a ser aplicada é quinquenal, nos termos da Súmula 327 do c. TST, diante do adimplemento a menor da complementação de aposentadoria. Recurso de revista conhecido e provido. (E-ED-ED-RR - 300800-25.2005.5.04.0104 , Redator Ministro: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 29/09/2015, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DEJT 29/10/2015)

No mesmo sentido, os precedentes mais atuais sobre a matéria:

EMBARGOS. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. MAJORAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO POR DECISÃO JUDICIAL. ADESÃO A NOVO REGULAMENTO (REB). CLÁUSULA DE QUITAÇÃO. EFEITOS. SÚMULA 51, II, DO TST. O Tribunal Pleno do TST, no julgamento do TST-E-ED-ED-RR-300800-25.2005.5.04.0104, em 29.9.2015, decidiu pela inaplicabilidade da Súmula 51, II, do TST em caso envolvendo a

postulação de majoração de base de cálculo da complementação da aposentadoria por força de reconhecimento de direito a parcela em ação judicial mesmo havendo migração de planos com cláusula de quitação. De fato, no tocante à quitação de eventuais direitos referentes ao Plano anterior, tem prevalecido no âmbito desta Corte o entendimento de que tal previsão tem efeitos limitados, pois a adesão ao novo regulamento, conforme disposto na Súmula 51, II, do TST, implica a renúncia às regras do antigo plano no que poderiam ser aplicadas doravante, mas, não, aos direitos ali previstos e já adquiridos quando da opção pelo novo plano. Nesse contexto, restou mal aplicada no acórdão embargado a Súmula 51, II, do TST. Embargos de que se conhece e a que se dá provimento. (E-RR - 22700-81. 2008.5.06. 0006, Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 12/11/2015, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 20/11/2015)

RECURSO DE EMBARGOS. DIFERENÇAS DE SALDAMENTO DO PLANO ANTERIOR DE PREVIDÊNCIA PRIVADA - INTEGRAÇÃO DE VERBAS RECONHECIDAS JUDICIALMENTE - ADESÃO AO NOVO PLANO - EFEITOS. O reclamante, ao postular que as contribuições mensais recolhidas ao fundo de previdência privada, após novembro

de 2002, relativas ao saldamento do plano anteriormente vigente, sejam calculadas levando em consideração as parcelas reconhecidas judicialmente, busca apenas a satisfação de direito preexistente, já incorporado ao seu patrimônio jurídico, em conformidade com o disposto no artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal. O reclamante não pretende a aplicação de regras de dois planos distintos, de forma a atrair a Súmula/TST nº 51, item II, como óbice ao pedido, mas, tão-somente o recálculo do benefício saldado em 2002, considerando a integração de parcela prevista no sistema anterior, em face do princípio do direito adquirido. Somente se o autor buscasse direitos referentes às regras anteriores ao novo plano para fins de cálculo do benefício futuro é que poderia vir à baila eventual discussão sobre a validade do termo de quitação firmado e, ainda, sobre a aplicação da súmula em referência. Recurso de embargos conhecido e provido. (E-ED-RR - 76200-29.2003.5.04.0027 , Relator Ministro: Renato de Lacerda Paiva, Data de Julgamento: 15/05/2014, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 23/05/2014)

RECURSO DE EMBARGOS INTERPOSTO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. CTVA. INTEGRAÇÃO NOS SALÁRIOS DE CONTRIBUIÇÃO E DE PARTICIPAÇÃO. SALDA-

MENTO. REG/REPLAN. PRETENSÃO DE QUE SEJA RECONHECIDA RENÚNCIA DO EMPREGADO EM FACE DE MIGRAÇÃO PARA NOVO PLANO DE BENEFÍCIOS. Discute-se no presente caso o recálculo do valor saldado, considerando a integração da parcela CTVA (Complemento Temporário Variável de Ajuste de Mercado) nos salários de contribuição e de participação, a adesão do autor ao Novo Plano de Benefícios e as regras de saldamento do plano a que o empregado estava anteriormente vinculado, REG/REPLAN. Esta e. Subseção vem decidindo que tal hipótese refere-se à garantia de direito preexistente à adesão ao novo plano, sendo inaplicável a Súmula 51, II, do TST. Precedentes. O recurso de embargos, portanto, encontra óbice no § 2º do artigo 894 da CLT, ante o fato de a matéria estar pacificada no âmbito desta Corte e os arestos apresentados superados por iterativa e notória jurisprudência do TST. Recurso de embargos não conhecido. (...)(E-ED-ED-ARR - 245-36.2011.5.09.0006, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 17/12/2015, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 29/01/2016)

EMBARGOS INTERPOSTOS NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. ART. 894, § 2º, DA CLT. ITERATIVA E NOTÓRIA JURISPRUDÊNCIA DA SbdI-1 DO TST. PLANO DE

PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. MIGRAÇÃO DO EMPREGADO. DECLARAÇÃO DE AMPLA QUITAÇÃO EM RELAÇÃO AO PLANO ANTERIOR. TRANSAÇÃO. EFEITOS. "SALDAMENTO". SÚMULA Nº 51, II, DO TST 1. Consoante a jurisprudência pacífica da SBDI-1 do TST, a opção espontânea do empregado ao novo plano de benefícios instituído pela FUNCEF, denominado "Novo Plano", e consequente adesão ao "saldamento" do plano anterior, intitulado REG/REPLAN, não obstam o empregado de postular em juízo diferenças do montante saldado. 2. Uma vez que o debate não se circunscreve a eventual arrendimento do empregado à opção pelo novo plano de previdência complementar, tampouco concerne a eventual "pinçamento" de benefícios do antigo plano após a adesão ao "Novo Plano" oferecido pela Caixa Econômica Federal, não se divisa, nem ao menos em tese, contrariedade à diretriz sufragada no item II da Súmula nº 51 do TST. Precedentes. 3. A partir da vigência da Lei nº 13.015/2014, nos termos da redação do art. 894, § 2º, da CLT, não viabiliza o conhecimento de embargos, por divergência jurisprudencial, a transcrição de arestos cuja tese jurídica encontre-se superada por iterativa e notória jurisprudência da Subseção I Especializada em Dissídios Individu-

ais do TST. 4. Embargos da Reclamada FUNCEF de que não se conhece, com fundamento na norma do art. 894, § 2º, da CLT. (E-ED-ARR - 83600-50.2009.5.04.0006 , Relator Ministro: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 17/12/2015, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 29/01/2016)

Nesses termos, nego provimento aos Embargos.

Peço vênia para extrair algumas conclusões acerca dos julgados da SBDI-1 quanto ao tema.

Em primeiro lugar, a assertiva contida no precedente do segundo posicionamento, de que a CEF "*impõe aos empregados enquadrados no antigo plano de cargos e salários a migração para o novo plano com melhores vantagens, com a condição de conferir quitação de eventuais direitos que tenham por objeto a discussão em torno do Plano de Cargos e Salários*" (grifei), parte de premissa que não encontra guarida no contexto da norma interna de adesão ao novo plano, que é expressa no sentido de que pode haver permanência no plano anterior, caso o empregado não queira proceder ao saldamento. Não se pressupõe ardid da reclamada nesse sentido, nem presumida coerção, mas apenas a elegibilidade daqueles que podem migrar ou as condições para a migração, caso assim o queiram.

Ainda, tem-se que **todos os precedentes alinhados por S.**

Excelência naqueles paradigmas dizem respeito a recálculo do benefício saldado, hipótese excepcionada pela SBDI-1 da aplicação da Súmula 51, II, do TST, como assentado no início desta digressão. Ocorre que os processos em que citados não dizem respeito ao recálculo do benefício saldado, mas, sim, informam que o reclamante “*ajuizou a presente ação declaratória para realizar a adesão ao Novo Plano sem ter que renunciar aos direitos já adquiridos do Plano anterior*” (TST-E-ED-RR-2993100-92.2008.5.09.0001) e que se trata de “*caso em que a autora pretendia a nulidade das cláusulas previstas na CI VIPE/SURSE 024/08, a fim de que se deixe de exigir a quitação de direitos referentes ao anterior Plano de Cargos e Salários para a adesão a Estrutura Salarial Unificada 2008*” (TST-E-ED-RR-608685-30.2008.5.12.0026).

Logo, penso que os precedentes da lavra do Min. Aloysio Corrêa da Veiga, que traduziriam uma corrente oposta ao próprio raciocínio da SBDI-1 do TST quanto à adesão ao novo Plano da CEF (SEU/2008), são, respeitosamente, intrinsecamente insubsistentes, pois se apoiam em entendimento pacificado da SBDI-1 quanto a outro aspecto do tema.

Nessa esteira, **a primeira linha de entendimento da SBDI-1 do TST aqui mencionada dirime as questões atinentes à adesão do empregado ao novo plano de cargos e salários da reclamada (ESU/2008), sem ofensa, a meu ver, de princípios cons-**

titucionais. A necessidade de renúncia às normas do regulamento anterior para adesão ao novo, que com ele coexiste, é conduta já examinada pelo TST e admitida como lícita, na forma da Súmula 51, II. Por óbvio que, ao admitir que é lícita a renúncia, não há espaço para ajuizamento de ação quanto ao renunciado.

Por essa ótica, não há vulneração à inafastabilidade do acesso à Jurisdição, pois **a questão é de transação**, com concessões mútuas e recíprocas quanto a ganhos e perdas.

De outra parte, cabe exclusivamente ao empregado decidir se a migração para o novo plano será mais benéfica, não se trata de imposição.

A condição apresentada pela reclamada, e, note-se, o plano surgiu da intenção manifestada pelas entidades representativas de ambas as partes em seara coletiva, é a de se afastar as benesses dos planos de cargos e previdência anteriores, o que está abarcado igualmente pela *ratio decidendi* da Súmula 51, II, do TST, senão vejamos a essência dos precedentes que estão em sua gênese:

[...]

Com efeito, para configurar alteração contratual unilateral, portanto lesiva ao trabalhador, é necessário que esta ocorra como ato único e positivo patronal. Na espécie, contudo, o reclamado, quando da implantação de um novo e mais vantajoso plano de cargos, ofereceu o direito de op-

ção aos trabalhadores, vindo estes, espontaneamente, manifestar se queriam, ou não, aderir ao novo plano.

Esta opção constitui ato unilateral do empregado, sendo, portanto, inaplicável o art. 468 da CLT, o qual assinala ser nula a cláusula que implique em prejuízo para o empregado.

Na hipótese vertente destes autos, a reclamante livremente, porque não há qualquer alegação de que a opção tenha se dado viciadamente, optou por um regime mais vantajoso, abrindo mão de um outro que assegurava a estabilidade contratual. Essa opção, com certeza, deve ter trazido resultados financeiros imediatos, pois a reclamante poderia ter ficado no plano anterior, inclusive desfrutando da estabilidade lá prevista.

O que não pode, todavia, é pretender obter a vantagem de um plano (melhoria salarial) e manter a estabilidade contractual prevista em um outro, fazendo uma verdadeira colcha de retalhos favorável ao obreiro, invocando-se em prol a famosa e repudiada “lei de Gerson”.

Vale trazer à baila os fundamentos da r. decisão regional, onde se verificou, com propriedade, a espontaneidade com que a obreira aderiu ao novo Regimento Interno do Reclamado, verbis:

“O documento de fls. 80, contém expressa manifestação da Autora em enquadrar-se na nova política de pessoal, disciplinada, pelas disposições constantes do Regimento de Administração de Recursos

Humanos, elaborado de forma participativa e aprovado pelo Ministério do Trabalho em 29.05.89. Como se vê também do referido documento, a opção foi manifestação da vontade da Autora, que também tinha conhecimento das normas constantes no novo regimento estando ciente de que as novas normas regeriam a relação trabalhista, e de que não haveria retorno ao status quo ante.

Não houve qualquer vício na opção da Autora, valendo ressaltar que se não fosse esta sua intenção, nada poderia a Ré fazer em represália, posto que pelo Plano ao qual renunciou, havia restrição ao direito potestativo da empresa em dispensar seus empregados, logo se a Autora preferiu fazer a opção, foi porque lhe era mais benéfico (TST-E-RR 280680/1996, Rel. Min. José Luiz Vasconcellos, DJ 12/3/1999).

[...]

Entretanto, apesar de bem articulado, não merece prosperar o apelo.

Como já ressaltado no item anterior, o Regional rechaçou a pretensão da reclamante por três fundamentos, deixando registrado que:

a) a estabilidade nunca foi transacionada entre as partes;
b) a norma que previa proteção contra despedida arbitrária não foi desrespeitada, já que previa hipótese de rescisão contratual em face da redução do quadro de pessoal por descontinuidade de trabalho, fato que restou demonstrado;

c) o reclamante optou validamente pelo novo Regime de Administração e Recursos Humanos - RARH (que não previa estabilidade).

No presente recurso de embargos a reclamante apenas se insurge quanto a este último fundamento.

Tal circunstância, por si só, impediria o conhecimento do apelo. Ademais, resta evidente, a hipótese dos autos não se refere exatamente a uma alteração contratual.

O que se infere da leitura do Regional é que o reclamado instituiu novas normas no seu "Regimento de Administração de Recursos Humanos", facultando ao empregado optar pelo novo regime ou permanecer no anterior. Passaram a coexistir, portanto, ambos os sistemas.

E ao optar pelo novo regime, evidentemente a empregada abriu mão de garantias do sistema anterior (como, por exemplo, a estabilidade), mas obteve outras vantagens. Se assim não fosse, não teria optado.

Não se trata, pois, aqui de alteração contratual, pela simples circunstância de que o sistema anterior continuou existindo.

Quem quis permanecer no sistema anterior, permaneceu. Por isso sequer tinha aplicação o art. 468 da CLT e Enunciado 51/TST, pois este trata de alteração contratual, vale dizer, modificação da regra anterior que deixa de existir.

Note-se, ademais, que o Regional em momento algum afirma que o conjunto das normas do antigo sistema foi substi-

tuído por normas menos benéficas, mas apenas registra que foi válida a opção da empregada, não havendo que se cogitar de alteração contratual lesiva, na hipótese.

Vale ressaltar ainda que esta Eg. Corte, já teve oportunidade de se pronunciar sobre a matéria em questão, conforme se constata nos seguintes precedentes:

[...]

No mesmo sentido cito os seguintes precedentes:

TST-RR-264.708/96, Ac. 2ª Turma, Relator Min. ngelo Mário, DJ 12.06.98; TST-RR-268.474/96, Ac.4ª Turma, Relator Min. Milton de Moura França, DJ 22.05.98; TST-RR-259.845/96, Ac.1ª Turma, Relator Min. João Oreste Dalazen, DJ 12.06.98; Assim sendo, não conheço do apelo, restando ilesos os dispositivos legais e constitucionais apontados como violados. É o meu voto (TST-E-RR 238434/1996, Rel. Min. Vantuil Abdala, DJ 2/10/1998).

No presente caso, restou informado pela Corte de origem que **a reclamante pretende diferenças salariais das vantagens pessoais e das promoções por merecimento, com lastro no PCS anterior (PCS/1989), estando patenteadado também que a reclamante aderiu livremente ao novo plano de 2008, sem vícios de consentimento, buscando, com isso, a aplicação de normas de dois planos**, num sistema híbrido de pinçamento das melhores vantagens de cada um deles, conformando o sistema repudiado pela jurisprudência.

dência uniforme desta Casa, de aglutinação de normas.

Por essas razões, entendo que a decisão regional, que aplicou a Súmula 51, II, do TST, considerando válida a renúncia em relação às normas do plano anterior, ante a adesão volitiva e sem vícios da reclamante, deve ser prestigiada. Aplica-se, igualmente, o art. 896, § 7º, da CLT e a Súmula 333/TST como obstáculo à divergência jurisprudencial e às apontadas violações dos artigos 5º, XXXV e XXXVI, da CF e 9º, 458 e 468 da CLT.

NÃO CONHEÇO. Prejudicado, em razão da validade da renúncia, o exame do recurso de revista no tocante aos temas “integração das parcelas cargo comissionado e CTVA nas VP’s”, “diferenças de salário padrão - VP’s” e “reflexos - VP’s”.

1.3 – MULTA POR EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTETATÓRIOS E CORREÇÃO MONETÁRIA

A autora se volta contra a Corte Regional que rejeitou o seu pleito de correção monetária em conformidade com as normas regulamentares patronais (PCS/89, item 5.1.5, e RH 030601, item 14.1) e lhe condenou ao pagamento da multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do CPC/73.

No entanto, é inviável a sua pretensão, porquanto, com o advento da Lei 13.015/2014 o novel § 1º-A do artigo 896 da CLT exige em seu inciso I, como ônus da parte e sob pena de não conhecimento, a indicação do trecho da

decisão recorrida que consubstancia o prequestionamento da controvérsia objeto do recurso de revista.

No caso concreto, o acórdão regional foi publicado em 05/06/2015, na vigência da referida lei, e o recurso de revista não apresenta a transcrição do trecho da decisão regional que consubstancia o prequestionamento da controvérsia objeto do apelo (*vide* fls. 1362-1364, 1385 e 1389). A alteração legislativa no aspecto constitui pressuposto de adequação formal de admissibilidade do recurso de revista. A ausência desse requisito formal torna inexecuível o apelo e insuscetível de provimento.

NÃO CONHEÇO.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por maioria, vencido o Exmo. Ministro Maurício Godinho Delgado, relator, não conhecer do recurso de revista, restando prejudicado o seu exame no tocante aos temas “integração das parcelas cargo comissionado e CTVA nas VP’s”, “diferenças de salário padrão - VP’s” e “reflexos - VP’s”, em razão da validade da renúncia.

Brasília, 29 de março de 2017.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001).

ALEXANDRE AGRA BELMONTE,
Ministro Relator.



PARTE 3

**NORMAS EDITORIAIS
DE PUBLICAÇÃO**

Normas Editoriais de Publicação

I - INFORMAÇÕES GERAIS

A Revista de Direito da ADVOCEF é uma publicação científica periódica da Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal. Publica artigos originais referentes à atuação profissional do advogado, à pesquisa, ao ensino ou à reflexão crítica sobre a produção de conhecimento na área do Direito.

Sua missão principal é contribuir para a formação profissional e acadêmica do advogado da Caixa e demais Operadores do Direito, bem como socializar o conhecimento técnico e científico produzido por aqueles que pesquisam e/ou atuam em todos os campos do conhecimento jurídico.

II – LINHA EDITORIAL

Os textos remetidos para publicação devem ser preferencialmente inéditos e abranger assuntos pertinentes ao Direito. Os trabalhos serão avaliados por um Conselho Editorial, sem a identificação dos autores e instituições (*blind review system*), o qual decidirá pela publicação do material enviado com base em critérios científicos, interesse institucional ou técnico e, ainda, atualidade de seu conteúdo.

Eventual adequação do conteúdo ao formato eletrônico poderá ser proposta, sem prejuízo da informação. Pequenas modificações no texto poderão ser feitas pelo Conselho Editorial, mas as modificações substanciais serão solicitadas aos autores. Será permitida a reprodução parcial dos artigos, desde que citada a fonte.

Ao remeter o texto para publicação, o Autor cede à ADVOCEF o direito de fazer uso do material enviado na Revista de Direito, no encarte “Juris Tantum” do Boletim Informativo Mensal e/ou em seu *site* na internet, a critério da associação.

A publicação em qualquer veículo de comunicação da ADVOCEF não é remunerada e o conteúdo é de responsabilidade do autor. Os originais, publicados ou não, não serão devolvidos.

III – TIPOS DE TEXTO

1. Artigos doutrinários – análise de temas e questões fundamentadas teoricamente, levando ao questionamento de modos de pensar e atuar existentes e a novas elaborações na área jurídica;

2. Relatos de experiência profissional e estudos de caso – relatos de experiência profissional ou estudos de caso de interesse para as diferentes áreas de atuação do advogado;

3. Comunicações – relatos breves de pesquisas ou trabalhos apresentados em reuniões científicas/eventos culturais;

IV - APRESENTAÇÃO DOS TRABALHOS

O texto, de até 30 laudas, deve ser enviado por e-mail à ADVOCEF, no formato Word, redigido em fonte Times New Roman, tamanho 12, com espaçamento entre linhas de 1,5 cm e margens de 2 cm (eventualmente, o conselho editorial poderá aprovar textos acima de 30 laudas, caso entenda ser de interesse da Revista a publicação na íntegra do material enviado).

O autor deve ainda enviar à ADVOCEF, por correio ou malote, devidamente preenchido e assinado, um termo de cessão de direitos autorais, elaborado a partir de formulário padrão disponibilizado em <http://www.advocef.org.br/_arquivos/40_1047_termocessao.doc>.

O arquivo do trabalho deve conter:

1. Folha de rosto com o nome do(s) autor(es) e: a) título em português; b) nome de cada autor, seguido da afiliação institucional e titulação acadêmica; c) endereço eletrônico para envio de correspondência.

2. Resumo em português – com no máximo 150 palavras e acompanhado de quatro palavras-chave. Palavras-chave são vocábulos representativos do conteúdo do documento que devem ser separados entre si por ponto e finalizados também por ponto.

2.1 Sumário indicando as principais partes ou seções do artigo.

2.2 Resumo bilíngue – Título, resumo e palavras-chave devem ser traduzidos para outro idioma, acompanhando os originais em português.

3. Notas de rodapé – As notas não bibliográficas devem ser reduzidas a um mínimo, ordenadas por algarismos arábicos e colocadas no rodapé da página, não podendo ser muito extensas.

4. As citações de autores devem ser feitas da seguinte forma:

a) Por meio do último sobrenome do autor, com apenas a primeira letra maiúscula, seguido, entre parênteses, do ano de publicação do trabalho e, para citações diretas, do número da página.

Quando o sobrenome do autor vier entre parênteses, deve ser escrito todo em letra maiúscula.

b) As obras e fontes citadas devem constar, obrigatoriamente, nas referências.

c) As citações diretas com mais de três linhas são consideradas citações longas e são transcritas em parágrafo distinto, começando a 4 cm da margem esquerda, sem deslocamento da primeira linha. O texto é apresentado sem aspas e transcrito com espaçamento entre linhas simples e fonte tamanho 10, devendo ser deixada uma linha em branco entre a citação e os parágrafos anterior e posterior.

5. Referências – Deve-se utilizar a norma ABNT 6023. Exemplos:

a) Livros: DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

b) Capítulo de livro: Autor(es) (ponto). Título do capítulo (ponto). *In*: referência completa do livro seguida pela paginação inicial e final do capítulo (p. XX-XX) ou pelo número dele (cap. X).

Exemplo: VELOSO, Zeno. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. *In*: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional**: controle de constitucionalidade. Bahia: JusPodivm, 2007. cap. 7.

c) Artigo em periódico científico: Autor (ponto). Título do artigo (ponto). Nome da revista ou periódico em negrito (vírgula), local de publicação (vírgula), volume e/ou ano (vírgula), fascículo ou número (vírgula), paginação inicial e final (vírgula), data ou intervalo de publicação (ponto).

Exemplo: DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Os povos indígenas brasileiros e os direitos de propriedade intelectual. **Hiléia**: Revista de Direito Ambiental da Amazônia, Manaus, v. 1, nº 1, p. 85-120, ago./dez. 2003

d) Documentos consultados na internet: além dos elementos indicados em a, b e c, deve-se informar o endereço eletrônico completo inserido dentro de < > (que remeta diretamente à fonte consultada, e não apenas à página inicial do *site*) e precedido de "Disponível em:". Informa-se também a data de acesso, precedida da expressão "Acesso em:" (o horário de acesso é opcional).

Exemplo: STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. **A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso**: mutação constitucional e limites da legitimidade da Jurisdição Constitucional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, nº 1498, ago. 2007. Não paginado. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>>. Acesso em: 6 nov. 2007.

V - ANÁLISE DOS TRABALHOS

A análise dos trabalhos recebidos para publicação respeitará o seguinte fluxo:

1. Análise pelos membros do Conselho Editorial;
2. Resposta ao autor, informando se o texto foi aceito (com ou sem ressalvas) ou não;
3. Remessa para a composição e diagramação;
4. Publicação.

VI - ENDEREÇO PARA REMESSA DOS TRABALHOS

Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal – ADVOCEF

Brasília/DF:

SBS, Quadra 2, Bloco Q, Lote 3, Sala 510 e 511

Ed. João Carlos Saad - Fone (61) 3224-3020

E-mail: revista@advocef.org.br

****O envio eletrônico do documento pelo e-mail pessoal do autor substitui a assinatura física da carta de encaminhamento.**

