



# **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.30, 2020

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*

Revisão: *Luís Augusto Junges Lopes (Press Revisão)*

Tiragem: *2.000 exemplares*

Periodicidade: *semestral*

Impressão: *Athalaia Gráfica e Editora*

*Solicita-se Permuta*

## **DIRETORIA EXECUTIVA DA ADVOCEF**

### **Presidente**

Anna Claudia de Vasconcellos (Florianópolis)

### **Vice-Presidente**

Fernando da Silva Abs da Cruz (Porto Alegre)

### **1º Secretário**

Gabriel Augusto Godoy (São Paulo)

### **2ª Secretária**

Linéia Ferreira Costa (Salvador)

### **1ª Tesoureiro**

Duílio José Sanchez Oliveira (São José dos Campos)

### **2ª Tesoureira**

Melissa Santos Pinheiro Vassoler Silva (Porto Velho)

### **Diretor de Relacionamento Institucional**

Carlos Alberto Regueira de Castro e Silva (Brasília)

### **Diretor de Comunicação Social e Eventos**

Marcelo Dutra Victor (Belo Horizonte)

### **Diretor de Honorários Advocatícios**

Marcelo Quevedo do Amaral (Novo Hamburgo)

### **Diretora de Negociação Coletiva**

Marisa Alves Dias Menezes (São Paulo)

### **Diretor de Prerrogativas**

Sandro Cordeiro Lopes (Niteroi)

### **Diretor Jurídico**

Ricardo Carneiro da Cunha (Recife)

### **Diretor Social**

Cláudia Elisa de Medeiros Teixeira (João Pessoa)

## **CONSELHO EXECUTIVO DA REVISTA**

Anna Claudia de Vasconcellos

Duílio José Sanchez Oliveira

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 e Presidente do Conselho Editorial.*

**Cacilda Lopes dos Santos**

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

**Carolina Reis Jatobá Coêlho**

*Doutoranda em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília – Uniceub/DF. Pós-graduada em Direito Constitucional pelo Instituto de Direito Público de Brasília – IDP/DF. Pós-graduada em Direito Público pela Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal em Brasília- ESMPDF.*

**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. Pós Graduado em Direito de Empresa pela Fundação Getúlio Vargas. Professor de Direito Empresarial concursado na Pontifícia Universidade Católica de MG.*

Davi Duarte

*Especialista em Direito Público pelo Centro de Estudos Fortium/  
Faculdade Projeção/DF. Presidente da Comissão Especial do  
Advogado Empregado da OAB/RS.*

Felipe de Vasconcelos Soares Montenegro Mattos

*Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo -  
USP. Especialista em Direito Público pelo Instituto Processus.  
Professor na graduação e pós graduação.*

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 e pós  
doutorado pelo Núcleo de Estudos da Violência – NEV/USP.  
Mestre em Programa de Pós Graduação em Integração da América  
pela Universidade de São Paulo.*

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.*

Reis Friede

*Desembargador Federal Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Diretor do Centro Cultural da Justiça Federal (CCJF). Mestre em Direito do Estado pela Universidade Gama Filho – UGF e Mestre e Doutor em Direito Público pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Diplomado pela Escola Superior de Guerra e pela Escola de Comando do Estado-Maior da Aeronáutica e Membro da Sociedade Brasileira de Direito Aeroespacial – SBDA.*

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**

Luiz Fernando Padilha (Rio de Janeiro)  
Patrícia Raquel Caires Jost Guadanhim (Londrina)  
Renato Luiz Harmi Hino (Curitiba)  
Roberta Mariana Barros de Aguiar Corrêa (Porto Alegre)  
Henrique Chagas (Aposentado/Presidente Prudente)  
Luiz Fernando Schmidt (Aposentado/Goiânia)  
Elton Nobre de Oliveira (Aposentado/Rio de Janeiro)

### **Membros Suplentes**

Weiquer Delcio Guedes Junior (Brasília)  
Daniele Cristina Alaniz Macedo (São Paulo)  
Alfredo Ambrósio Neto (Aposentado/Goiânia)

## **CONSELHO FISCAL**

---

### **Membros Efetivos**

Dione Lima da Silva (Novo Hamburgo)  
Rodrigo Trassi de Araújo (Bauru)  
Marcos Nogueira Barcellos (Rio de Janeiro)

### **Membros Suplentes**

Edson Pereira da Silva (Brasília)  
Adonias Melo de Cordeiro (Fortaleza)





# SUMÁRIO

---

**APRESENTAÇÃO** ..... 11

## **PARTE 1 – ARTIGOS**

**A ordem dos processos nos Tribunais diante da sistemática do CPC/2015**  
*Vinicius Silva Lemos* ..... 15

**Reforma da lei de recuperação e falência: substitutivo de plenário ao Projeto de Lei nº 6.229/2005**  
*Paulo Henrique Garcia Hermosilla* ..... 51

**Ação rescisória e precedente judicial: pontos de contato**  
*Fernando Vieira Luiz e Marina de Oliveira de Vasconcellos Luiz* ..... 65

**O dano extrapatrimonial acrescido pela Lei nº 13.467/2017 sob o aspecto da segurança jurídica e da constitucionalidade**  
*Ivan Kaminski do Nascimento e Vanessa Borges Lima* ..... 83

**A produção antecipada de provas como fator de alteração da ordem procedimental na fase de conhecimento**  
*Juliana Dal Molin de Oliveira Lemos* ..... 103

**A legitimidade da garantia de alienação fiduciária de imóvel nos contratos regidos pela Lei nº 9514/97**  
*Guilherme Lohmann Togni e Kátia Miglioli Castro* ..... 121

**A unidade dogmática dos direitos individuais e direitos sociais na Constituição Brasileira de 1988**  
*Tânia Rodrigues do Nascimento* ..... 153

**A participação popular nas contratações públicas do Brasil e da Argentina como reflexo do direito fundamental à Boa Administração**  
*Renila Lacerda Bragagnoli* ..... 171

**A inadmissibilidade da responsabilização objetiva do agente público na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa**  
*Márcio Berto Alexandrino de Oliveira* ..... 187

<b>A inconstitucionalidade do regulamento que dispõe sobre a adesão à ata de registro de preços</b> <i>Márcio Berto Alexandrino de Oliveira</i> .....	209
<b>Consumismo e religião. Eficácia da norma consumerista com o declínio da religião à luz da psicanálise no capitalismo</b> <i>Gouvan Linhares Lopes, Floriano Benevides de Magalhães Neto e Sara Maria da Silveira Fortuna Lopes</i> .....	237
<b>Conciliação no Brasil: análise de sua repercussão na celeridade e efetividade da Justiça</b> <i>Floriano Benevides de Magalhães Neto e Lilese Barroso Benevides de Magalhães</i> .....	271

## PARTE 2 – JURISPRUDÊNCIA

<b>Supremo Tribunal Federal</b> <i>Repercussão geral. SFH. CEF administradora do FCVS. Competência da Justiça Federal</i> .....	307
<b>Superior Tribunal de Justiça</b> <i>Honorários de sucumbência. Natureza alimentar. Penhora de salário. Impossibilidade</i> .....	361
<b>Superior Tribunal de Justiça</b> <i>Honorários advocatícios. Deferimento posterior ao pedido recuperacional. Natureza extraconcursal</i> .....	421
<b>Superior Tribunal de Justiça</b> <i>Direito Bancário. Encargos financeiros. Percentual sobre o CDI. Ausência de abusividade das cláusulas contratuais</i> .....	457
<b>Tribunal Superior do Trabalho</b> <i>Protesto judicial. Termo inicial da prescrição quinquenal. Horas extras. Gerente geral. CTVA. Base de cálculo</i> .....	479
<b>Tribunal Superior do Trabalho</b> <i>Adicional de incorporação. Cálculo. Média ponderada das gratificações. Súmula 372. Inaplicabilidade</i> .....	509

## PARTE 3 – NORMAS EDITORIAIS DE PUBLICAÇÃO .....

519

## APRESENTAÇÃO

---

A ADVOCEF orgulha-se de contribuir na difusão do conhecimento jurídico. E concretiza esse preceito não somente através do patrocínio, mas também, e principalmente, pelo estímulo ao constante aprimoramento dos princípios que marcaram a criação e o desenvolvimento de sua *Revista de Direito*.

Nestes 16 anos de existência, a publicação segue na busca pela ampliação do saber, vendo alargar-se constantemente o espectro dos autores que engrandecem e qualificam suas páginas, assim como promovendo o crescente universo de seus destinatários.

Em que pese ser detentora de uma trajetória ininterrupta de existência, a *Revista de Direito da ADVOCEF* também se ressentiu dos desdobramentos desta inédita pandemia.

Em decorrência das muitas consequências do regime de isolamento e contenções impostas a todo o mundo, a entidade viu-se na contingência de cancelar o seu Congresso anual, bem como suspender a edição que seria lançada no primeiro semestre de 2020.

Mas a vida precisa ter continuidade, e, desta feita, apresentamos uma edição renovada, ampliada e enriquecida com um conjunto de excelentes artigos doutrinários.

Debates processuais, do Direito Administrativo e comparado e outros temas os mais diversos e atuais são apresentados por advogados da CAIXA e de outras entidades, magistrados, todos vibrantes estudiosos da ciência jurídica.

A jurisprudência selecionada contempla uma predominante aderência a temas do Direito Bancário, alargando-se para as sempre essenciais discussões acerca dos honorários advocatícios, tema de inequívoca repercussão sobre a classe e seus entes representativos.

Uma edição volumosa, não apenas pelo número recorde de páginas, mas também pela qualidade, profundidade e ineditismo de seu conteúdo.

Desejamos uma excelente leitura, e que as páginas que se descortinam sirvam como demonstração do denodo e do empenho em jamais perder-se a esperança no futuro dos homens e das instituições.

***Diretoria Executiva da ADVOCEF***



**PARTE 1**

**ARTIGOS**



# A ordem dos processos nos Tribunais diante da sistemática do CPC/2015

**Vinicius Silva Lemos**

*Advogado em Rondônia*

*Doutor em Processo Civil pela UNICAP*

*Mestre em Sociologia e Direito pela UFF*

*Especialista em Processo Civil pela FARO*

*Professor de Processo Civil da FARO e na UNIRON*

*Pós-doutorando em Processo Civil pela UERJ*

*Presidente do Instituto de Direito Processual*

*de Rondônia – IDPR*

*Membro da Associação Norte-Nordeste de Professores*

*de Processo – ANNEP*

*Membro do Instituto Brasileiro de*

*Direito Processual – IBDP*

*Membro do Centro de Estudos Avançados*

*em Processo – CEAPRO*

*Membro da Academia Brasileira de*

*Direito Processual Civil – ABDPC*

*Membro da Associação Brasileira de*

*Direito Processual – ABDPRO*

## RESUMO

Este trabalho analisa a construção do procedimento do processo nos Tribunais, com a análise do rito proposto pelos arts. 929 até 946 do Código de Processo Civil, com o detalhamento das diversas inovações, tais como: a nova decisão monocrática; a sistematização do princípio à primazia ao mérito; a construção colegiada da votação; a manifestação de ofício; a técnica de julgamento não unânime, dentre outros pontos e inovações trazidas pelo novo ordenamento processual.

Palavras-chave: Processos nos Tribunais. Procedimento. Colegialidade. Ordem.

## ABSTRACT

This paper examines the construction of the procedure of the process in the Courts, with the analysis of the proposed rite by Articles 929 to 946 of the Code of Civil Procedure,

with the detailing of the various innovations, such as: the new singular decision; the systematization of the principle of the primacy to merit; the construction collegially the vote; the manifestation of office; the technique of judgment not unanimous; among other points and innovations brought by the new rules of procedure.

Keywords: Proceedings in the Courts. Procedure. Collegiality. Order.

## Introdução

Os Tribunais têm uma procedimentalidade diversa da tramitação dos processos em primeiro grau, com diretrizes próprias, competências específicas e atos processuais próprias. Diante disso, há uma construção da ordem dos processos nos Tribunais pelo próprio ordenamento processual.

No CPC/2015, o legislador organizou a sistemática procedimental no âmbito dos Tribunais de uma maneira mais prática, trazendo-a para momento anterior ao capítulo dos recursos, tanto a teoria geral quanto as suas espécies, deixando a visão do processo nos Tribunais de modo sequencial, pormenorizando, de forma clara, o funcionamento dos Tribunais, para, somente após, explicar o funcionamento de cada recurso.

Desse modo, há uma parte do ordenamento processual – arts. 929 até 946 do CPC – que cuida da procedimentalidade dos processos nos Tribunais, com delineamento de diretrizes para a construção de um trâmite geral nesse âmbito de competência jurisdicional.

Diante disso, este estudo tem o objeto de delinear o trâmite procedimental nos Tribunais, com o detalhamento do trâmite que cada recurso, remessa necessária ou ação de competência originária percorre no transcorrer processual nesse grau de jurisdição, dada a existência de diversas inovações e adaptabilidades para um novo ordenamento processual.

O intuito é o devido entendimento da tramitação procedimental no âmbito dos Tribunais, a construção da colegialidade, a votação de cada membro, as peculiaridades desta jurisdição, em regra, revisional, com o entendimento diferencial sobre o procedimento em primeira instância.



## 1 Dos processos nos Tribunais e a tramitação procedimental

A legislação sobre a ordem do processo nos Tribunais demonstra um sistema de organização procedimental no âmbito dos Tribunais, traçando uma linha sequencial de atos durante a estadia daquela demanda naquele grau de jurisdição, com a disposição nos arts. 929 até 946 do CPC.

As normas ali existentes guardam as devidas especificações procedimentais<sup>1</sup>, permeando as disposições sobre o julgamento recursal em seus detalhes, desde o recebimento da peça impugnativa, com a remessa aos Tribunais para o devido juízo, seja via competência recursal ou originária, bem como desdobramentos incidentais possíveis nesse âmbito. Não serão somente esses artigos que terão a disposição sobre a ordem dos processos nos Tribunais, uma vez que as disposições presentes no CPC/2015 não são exaurientes, procedimentalmente.

Desse modo, os próprios Tribunais deverão, mediante seus próprios regimentos, construir junto à norma processual, uma regulamentação mais completa, atinente à sua própria realidade e composição. A Constituição Federal já define essa competência dos Tribunais no art. 96, I, mediante a necessidade de elaborarem seus próprios regimentos, coadunando com os ditames constitucionais e do próprio ordenamento processual.

Se essa parte do CPC/2015 regulamenta os trâmites gerais nos Tribunais, cada qual, pelos seus regimentos, criará as competências específicas, mediante as suas próprias características e, adaptando as questões de protocolo, recebimentos e distribuição para a própria realidade local<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Há uma diferença entre processo e procedimento e esse capítulo é mais atinente a procedimento. Sobre a conceituação de procedimento: “O procedimento é entendido como uma sucessão de atos interligados de maneira lógica e consequencial visando a obtenção de um objetivo final. Costuma-se dizer que o procedimento é a exteriorização do processo, seu aspecto visível, considerando-se que a noção de processo é teleológica, voltada para a finalidade de exercício da função jurisdicional no caso concreto, enquanto a noção de procedimento é formal, significando essa sucessão de atos com um objetivo final.” NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Volume único. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 196.

<sup>2</sup> “Em outras palavras, a competência funcional e material dos órgãos internos dos tribunais deve ser definida em seus regimentos internos. A competência material e funcional do tribunal é estabelecida pela legislação (em sentido amplo); o regimento interno distribui essa competência do tribunal internamente. O regimento interno dos tribunais é norma

Ou seja, a ordem dos processos nos Tribunais deve ser encarada por tais artigos e as regras existentes naquele próprio Tribunal, as quais devem ser congruentes com o CPC/2015, em uma visão de complementaridade.

### 1.1 A chegada do processo no Tribunal: protocolo, registro e distribuição

O processo, ao chegar ao Tribunal, deve ser registrado no protocolo, com a sua devida distribuição imediata<sup>3</sup>, constando no registro do dia, de acordo com o art. 929, independentemente de ser recurso ou processo originário com petição inicial. O intuito do protocolo e registro é a verificação do início – em competência originária – ou da transferência – em recursos – da competência àquele Tribunal, a partir daquele momento. Realizado o ato do protocolo e registro, será feita a distribuição do processo a um dos órgãos fracionários especializados, de acordo com as regras constantes no regimento interno daquele Tribunal, seguindo o disposto no art. 930.

O ato de distribuição pode ser realizado de duas maneiras: *por sorteio ou por prevenção*<sup>4</sup>.

---

geral, que dispõe sobre o funcionamento e a competência de seus órgãos internos, tratando, ademais, de regras relativas a registro, distribuição, prevenção, conexão e outras também relacionadas ao funcionamento e à competência do tribunal.” CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 34.

<sup>3</sup> “A distribuição é a escolha, dentre todos os magistrados competentes, daquele que vai ser o relator do recurso”. BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 99.

<sup>4</sup> Sobre prevenção recursal em entendimento do STJ já no CPC/2015, sobre a necessidade de configuração dos elementos da prevenção, como a conexão para que o recurso seja distribuído desse modo: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. AUSÊNCIA DE CONEXÃO ENTRE AS AÇÕES DE DESAPROPRIAÇÃO E DE USUCAPIÃO. OBJETOS DIVERSOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. INCIDÊNCIA. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, in casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015. II - In casu, rever o entendi-

O *primeiro* atende a critérios objetivos, com sorteio para a escolha do órgão e do relator, contemplando também a alternatividade<sup>5</sup>, não possibilitando nenhum órgão ou relator ficar com excesso de demandas distribuídas, tanto quanto ao inverso, sorteando de modo a equacionar a divisão entre os diferentes órgãos. A outra maneira de distribuição é a prevenção, conforme o art. 930, parágrafo único, que ocorre quando o recurso a ser distribuído é oriundo de um processo sobre o qual já teve recurso anterior protocolado naquele Tribunal, ou então em processo conexo<sup>6</sup>, tornando necessária a distribuição dirigida para o antigo relator do recurso anterior<sup>7</sup>.

Esse parágrafo único do art. 930 institui a visão de que a prevenção será pelo protocolo de recurso anterior, independentemente, do julgamento do recurso, o que muda a sua própria concepção. Se uma ação teve um agravo de instrumento protocolado, nem há necessidade de julgamento deste para a prevenção, basta o simples protocolo, se houver, posteriormen-

---

mento do Tribunal de origem, que consignou estarem ausentes os elementos configuradores da conexão entre ações, demandaria necessário revolvimento de matéria fática, o que é inviável em sede de recurso especial, à luz do óbice contido na Súmula n. 7/STJ. III - O Agravante não apresenta, no agravo, argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida. IV - Agravo Interno improvido (AgInt no REsp. 1.496.382/PE, Rel. Min. REGINA HELENA COSTA, DJe 21.02.2017).

<sup>5</sup> “A alternatividade da distribuição assegura a isonomia, devendo-se a ela dar publicidade (cf. art. 930, caput; v. também comentário ao art. 285 do CPC/2015). De acordo com o art. 930 do CPC/2015, a distribuição se realizará por sorteio eletrônico. As regras regimentais devem considerar esses princípios. Não observadas as disposições regimentais referentes à distribuição, considera-se violado, também, o art. 930 do CPC/2015: “Da leitura do art. 548 do CPC [de 1973, correspondente ao art. 930 do CPC/2015] abstrai-se que a distribuição dos processos deve atender fielmente ao preceituado nas normas regimentais dos tribunais. Logo, qualquer desrespeito a essas normas configura-se violação a esse dispositivo legal” (STJ, REsp 598.111/AM, Rel. Ministro José Delgado, 1.ª T., j. 06.05.2004).” MEDINA, José Miguel García. **Novo código de processo civil comentado**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 828.

<sup>6</sup> Sobre os processos conexos segue-se a mesma lógica da modificação de competência por conexão em primeiro grau, nos moldes dos arts. 54 e 55 do CPC/2015.

<sup>7</sup> “Em segundo grau, a prevenção se dá geralmente pelo conhecimento de um incidente ou impugnação, sendo certo que a turma julgadora que conhecer de um recurso acerca de determinada demanda atrairá, para julgamento, outros que sejam eventualmente interpostos no mesmo processo.” TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 220.

te, uma apelação, esta deve ser distribuída para o mesmo órgão e relator, justamente pela existência da prevenção<sup>8</sup>. O mesmo ocorre quando houver processos conexos no Tribunal, em competência originária.

Caso não ocorra a distribuição por prevenção, quando for hipótese necessária, as partes devem suscitar a incompetência daquele órgão por distribuição equivocada, sob pena de preclusão.

Independentemente da maneira de distribuição realizada, após o ato, este deve ser publicado na imprensa oficial<sup>9</sup>, para fins de cumprimento do requisito da publicidade e, também, para informar as partes sobre a nova competência do seu processo, cientificando-os da localização física de seu recurso ou, se competência originária, de sua demanda.

Realizado o ato da distribuição e a sua devida publicação, os autos serão remetidos em conclusão ao relator, para análise sobre o caso, seja recursal ou competência originária.

## 1.2 Do processamento perante o órgão fracionário

De acordo com o art. 931, realizada a distribuição, o processo é direcionado ao relator, para a devida análise no prazo de 30 dias, elaborando seu voto sobre o caso, com a devolução do processo para a secretaria/departamento do colegiado, com o relatório pronto. Um tanto utópico o CPC/2015 em manter o prazo para o julgamento dos recursos, ainda mais um prazo bem exíguo. Entretanto, a lei estabelece um padrão, que, adaptado à vida real, sofrerá mudanças para o cotidiano jurídico forense, não sofrendo sanções para tais atrasos pelo motivo de excesso de trabalho e acúmulo de processos.

<sup>8</sup> “O CPC 930 par. ún. Contém uma espécie de regra geral acerca da prevenção para o julgamento de recursos e outros feitos de competência originária dos tribunais, que acaba norteando outras regras específicas a esse respeito e consiste no estabelecimento da prevenção a partir da primeira verificação do feito, ainda que superficial, feita pelo relator.” NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 16. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016, p. 1.975.

<sup>9</sup> “Feita a distribuição, cumpre divulgá-la. Com isso, atende-se ao princípio da publicidade, possibilitando que as partes, seus procuradores e outros interessados possam conhecer o órgão julgador, o relator” CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 565.

O relatório é uma exposição dos pontos controvertidos da demanda, desde o *último relatório – da decisão impugnada – até o momento, com o intuito de que “os demais componentes do grupo que irão julgar o recurso possam ter uma referência quando passarem ao estudo da causa”* (NERY JR; NERY, 2016, p. 1.976).

### 1.2.1 Da ordem cronológica de julgamento perante o Tribunal

Nesse momento, com a conclusão para a análise do recurso pelo relator que a ordem cronológica, prevista no art. 12, tem validade. Mesmo com a dicção do referido artigo referir-se sobre *“a conclusão para o acórdão”*, não há como seguir com literalidade essa disposição, por ausência de conclusão para tal desiderato. O acórdão, como vimos, é construído a partir do julgamento realizado de maneira colegiada, sem uma conclusão para tanto e, sim, uma inclusão na pauta de julgamento.

Seria correto o entendimento dessa conclusão que o art. 12 estabelece como a inclusão na pauta? Não é o ponto correto, uma vez que a pauta segue uma ordem própria, conforme veremos posteriormente. Dessa maneira, qual seria a ordem cronológica proposta pelo CPC/2015, no tocante ao grau recursal? Nesse caso, a opção da contagem pela ordem cronológica deve ser da conclusão ao relator, no momento da remessa para a análise, preparação do relatório e seu voto.

Esse é a única maneira possível para termos o cumprimento do que o art. 12 estabelece. Dessa forma, quando o processo for direcionado para o gabinete do relator, com a estipulação de prazo de 30 dias para a análise recursal, como preconizado pelo art. 931, esse será o marco para a contagem da ordem cronológica.

A partir da remessa ao gabinete do relator que se deve importar com o cumprimento da ordem cronológica para a análise de cada processo, de modo a cada gabinete ter o seu próprio ritmo, nos moldes de cada expediente de cada julgador – desembargador ou ministro. Não há como imaginar que a ordem cronológica, no âmbito dos Tribunais, envolve mais do que um julgador, pelo fato de que o controle imaginado na intenção da norma passa por sistematizar critérios para cada julgador proferir a análise e o julgamento e nunca uma interligação entre diversos julgadores, o que inviabilizaria a própria aplicabilidade da norma.

Com a visão e definição que a ordem cronológica, nesse momento processual, nasce com a conclusão prevista no art. 931,

importante que o relator tenha critérios mais objetivos para o julgamento. Entretanto, o próprio teor do art. 12 foi alterado antes da vigência do CPC/2015, com a inclusão da palavra “preferencialmente”, o que, de certo modo, carrega um ar de possibilidade.

Como deve ser encarado esse “preferencialmente” inserido na lei, alterando o art. 12? Várias são as visões possíveis. A *primeira*, como se não houvesse mais uma exigência, como uma quase revogação da norma, recaindo em uma liberdade para que o juízo julgue ou analise o processo ou recurso, sem essa ordem cronológica, o que leva a uma espécie de desvalorização do próprio instituto. Uma *visão intermediária* seria de Cunha, com uma interpretação de que o preferencialmente seria uma espécie de sugestão de gestão de gabinete, como uma forma que, possivelmente, seja eficaz, mas que pode ser relativizada por outra maneira de gestão<sup>10</sup>. Contudo, nessa visão, o juízo deveria informar o seu modelo e, na ausência de um, deveria adotar, preferencialmente, a ordem cronológica.

A *terceira visão* seria a de Teresa Arruda Alvim, que é diversa e, talvez, a mais correta, diante da norma original e a nova, com a alteração da Lei nº 13.256/2016. Nessa concepção, a alteração proposta pelo preferencialmente seria somente no aspecto de excepcionalidade<sup>11</sup>, com a necessidade de que o juízo, ao

---

<sup>10</sup> “O dispositivo estabelece um modo de gesto pelo juiz. Ao juiz cabe observar, preferencialmente, a ordem cronológica de conclusão. Nada impede, porém, que o juiz valha-se de outros meios de gesto, expressa e previamente estabelecidos e anunciados. Não estabelecido, nem anunciado, expressa e previamente, outro meio de gesto, cabe-lhe, preferencialmente, decidir atendendo à ordem cronológica de conclusão.” CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Comentário ao art. 12. STRECK, Lenio. **Comentários ao código de processo civil**, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 60.

<sup>11</sup> “Dessa forma, a menos que se apague o art. 12 do Novo Código de Processo Civil, não há como afirmar-se que passará a inexistir a necessidade de se observar a ordem cronológica de conclusão para julgamento das demandas, mesmo porque a lista ficará necessariamente disponível no meio eletrônico para consulta pelas partes (art. 12, §1º). A sua pura inobservância, sem motivação específica pelo juízo competente, ensejará mandado de segurança e medidas correccionais cabíveis. Conclusão: não se desesperem. A regra ficou mais “suave”, mas ainda existe. As exceções aumentaram, mas isso não significa que o juiz passará a ter “carta branca” para desobedecer a “fila cronológica das demandas.” Quanto à recorribilidade, nada mudou, porque já não cabia recurso da decisão que passa uma demanda mais recente na frente de uma mais antiga na fila.

julgar fora da cronologia, deva motivar tal atitude, como um poder de relativização, mas com o ônus da explicação sobre a preferência dada, sem poder, de modo arbitrário, utilizar-se desse preferencialmente.

São visões diferentes da mesma norma, tudo por conta da alteração legislativa. De certa maneira, essa alteração realizada no art. 12 quase que o revoga, dada a incerteza trazida para o texto legal, sem a definição de sua característica. Houve a manutenção do artigo, somente com a inclusão de uma palavra mais, contudo, ampliando o seu próprio sentido, com um alto grau de falibilidade da norma.

No entanto, com a manutenção do artigo, há a necessidade de existir uma lista de processos, o que persiste, mesmo com a alteração realizada, na obrigação de que cada gabinete, de cada relator, o que não deixa de criar e possibilitar um controle social sobre a gestão de gabinete, uma vez que as partes poderão, mediante a lista, estudar os critérios utilizados por julgador, realizando, de certa maneira, uma pressão sobre o método utilizado e, ainda, por qual motivo não utiliza a ordem cronológica.

Para a prolação de decisão monocrática, o relator não tem nenhuma necessidade de ater-se ao art. 12, uma vez que a literalidade do texto somente incumbe tal obrigação para a prolação de sentenças e acórdão, entendendo, então, que essa espécie decisória pelo relator pode ser gerida de modo diverso.

### **1.2.2 A análise preliminar e as providências pelo relator: a possibilidade de sanabilidade recursal**

Com a chegada do processo no gabinete, o relator verificará o art. 932, aquele que delimita suas incumbências para esse momento. A regra para o julgamento em um Tribunal – via recurso ou competência originária – é buscar a colegialidade das decisões, porém, antes de remeter o processo para o colegiado, o relator deve verificar a existência de algum vício no processo ou no recurso, o qual, em caso positivo, deve intimar a parte responsável para sanar o vício ou complementar o recurso.

Como visto, mediante a existência macro do princípio da primazia ao julgamento de mérito, houve uma relativização da

---

E a mencionada alteração legislativa nada altera em relação a isso. Continuará cabendo mandado de segurança contra o ato judicial." ARRUDA ALVIM, Teresa. **Ordem cronológica – preferencialmente**. <<http://www.migalhas.com.br/EntendendoDireito/110,MI238018,51045-Ordem+cronologica+Preferencialmente>>.



inadmissibilidade, permitindo, em caso de possibilidade de correção, a devida sanabilidade, nos moldes do parágrafo único do art. 932, concedendo a chance do aproveitamento do recurso, para o julgamento de mérito, mesmo que, embrionariamente, contivesse um equívoco processual. No CPC/73, essa flexibilização da admissibilidade somente era respaldada para a complementação das custas recursais; já no CPC/2015, a relativização terá amplitude enorme<sup>12</sup>, ampliada para todos os vícios formais passíveis de correção<sup>13</sup>.

O relator, portanto, deve intimar o recorrente para que realize, dentro do prazo de cinco dias, a correção do vício. O dever de prevenção presente no julgamento recursal, contudo, com o transcurso do prazo sem a sanabilidade e, conseqüentemente, o vício persistindo, o relator julga, monocraticamente, pela inadmissibilidade, com base no art. 932, III.

Ultrapassada a análise sobre a existência de vícios no recurso, o relator, em caso de outros requerimentos das partes, decide sobre possíveis incidentes processuais, como produção de provas, fatos supervenientes, tutelas provisórias, dentre outras possíveis espécies decisórias. Na ausência de pedidos incidentais ou depois das decisões sobre estes, o relator analisa a possibilidade ou não de julgamento monocrático do recurso ou do processo, seja terminativo ou definitivo.

Na hipótese negativa, o relator remete o processo para a secretaria, requerendo a inclusão do mesmo na pauta de julgamento, com o encargo do presidente do órgão fracionário para

<sup>12</sup> O STF já se manifestou sobre o art. 932, parágrafo único e interpretou como constitucional nos limites correccionais para vícios formais, sem a possibilidade de vícios subjetivos como uma fundamentação inadequada. Julgamentos dos ARE 953.221 – STF e ARE 956.66 – STF.

<sup>13</sup> “Este parágrafo acaba por limitar um dos males que assolam a justiça brasileira de hoje, qual seja, a jurisprudência defensiva, e passa a exigir uma justiça centrada na ótica dos jurisdicionados, privilegiando os julgamentos de mérito. Neste sentido, a falta de documentação, por si só, não deve gerar o não conhecimento do recurso, mesmo quando a documentação seja considerada obrigatória para o julgamento. É o caso do agravo de instrumento, que, na nova redação, prevê expressamente a observância do dever de auxílio, art. 1.017, § 3.º. Na falta de cópia de qualquer peça ou no caso de algum outro vício que comprometa a admissibilidade do agravo de instrumento, deve o relator aplicar o art. 932, parágrafo único, e permitir que o vício seja sanado no prazo de cinco dias.” ZANETI JR. Hermes. Comentário ao art. 932. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.359.



a definição da inclusão em determinada data da sessão de julgamento.

### 1.2.3 Do julgamento monocrático

O art. 932<sup>14</sup>, em seus incisos, versa sobre as hipóteses do julgamento monocrático a ser realizado pelo relator. Como anteriormente dito, há o poder de não conhecer do recurso, utilizando para tal atitude o inciso III e, por outro lado, se for o caso, posteriormente, no tocante à análise do mérito da matéria pleiteada e impugnada no recurso ou processo, tendo ultrapassado a admissibilidade, conhecendo, portanto, do recurso. Com isso, são duas as hipóteses possíveis de resultado: negar provimento ao recurso, com base no inciso IV, ou dar provimento ao recurso, de acordo com o inciso V.

Realizada a análise de enquadramento do processo sobre os precedentes judiciais, não há faculdade nem discricionariedade do relator e, sim, dever deste em decidir monocraticamente, pelo motivo de ser desnecessária a remessa ao colegiado sobre uma matéria já pacificada em Tribunais Superiores, com julgados existentes e constantes, mediante as técnicas de formação de precedentes ou do próprio Tribunal local, caso seja utilizado o IAC ou o IRDR. É um dever julgar monocraticamente, uma incumbência do relator ao verificar a existência de enquadramento.

A decisão monocrática, como a sentença, necessita da formalidade processual em sua construção, contendo relatório, fundamento e parte dispositiva, dispensando a ementa, por não ser proveniente de um colegiado. No entanto, tratando-se de decisão realizada em caráter excepcional, pelo enquadramento nas possibilidades elencadas como incumbência monocrática do relator, há a necessidade, dentro da fundamentação, da apresentação do vínculo entre o processo julgado e a relação com o precedente/entendimento autorizante da utilização do art. 932, IV ou V. Não demonstrando o enquadramento da situação ante-

<sup>14</sup> “Negar seguimento é uma locução de grande envergadura, abrangendo hipóteses de recursos desmerecedores de conhecimento, porque lhes falta algum pressuposto de admissibilidade, e recursos desmerecedores de provimento, porque desamparados pelo direito, pela jurisprudência ou pela prova. No art. 557, portanto, negar seguimento é impedir que o recurso siga para câmara ou turma, em todas hipóteses nas quais ele seja claramente fadado ao insucesso (recursos manifestamente inadmissíveis ou infundados).” DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 183.

cedente ao caso a ser julgado, o relator equivocou-se ao utilizar a decisão monocrática. Em mesmo erro incorre o relator quando utiliza de decisões persuasivas – do próprio órgão ou Tribunal – sem o caráter vinculante inserto nas hipóteses do art. 932.

Ao fazer a opção pela decisão monocrática, logicamente, o recurso ou processo não será julgado pelo colegiado, criando um impedimento processual pela existência dessa decisão. De certo modo, ao proferir a decisão monocrática, esta tem o mesmo valor de um acórdão, caso não haja recurso, haja vista que será a representação do pronunciamento daquele Tribunal, ainda que seja realizado de modo unipessoal. Evidentemente, daquela decisão é passível recurso, com o intuito de demonstrar os equívocos na prolação da decisão e claro intuito de forçar a ida ao órgão fracionário, demonstrando a não aplicabilidade correta do art. 932.

## 2 Remessa ao colegiado para julgamento

Não vislumbrada a possibilidade do julgamento monocrático, o relator, após efetuar a análise processual, com o relatório pronto, remete o processo ao presidente do órgão fracionado, para inclusão em pauta de julgamento.

A escolha do dia para o julgamento fica a cargo do próprio presidente daquele colegiado, com base no art. 934, sem a necessidade de obediência, da ordem cronológica, mas uma mera organização entre os processos de todos os membros daquele colegiado.

A construção da pauta de julgamento considera as diretrizes do art. 936 quando dispõe que, “ressalvadas as preferências legais e regimentais, os recursos, a remessa necessária e os processos de competência originária serão julgados na seguinte ordem: I – aqueles nos quais houver sustentação oral, observada a ordem dos requerimentos; II – os requerimentos de preferência apresentados até o início da sessão de julgamento; III – aqueles cujo julgamento tenha iniciado em sessão anterior; e IV – os demais casos”.

Determinada a data da sessão em que será realizado o julgamento, necessariamente, deve-se proceder à publicação da lista da pauta<sup>15</sup>, com as informações do processo e do local, data e

<sup>15</sup> Enunciado n.º 84 do FPPC: A ausência de publicação da pauta gera nulidade do acórdão que decidiu o recurso, ainda que não haja previsão de sustentação oral, ressalvada, apenas, a hipótese do §1º do art. 1.024, na qual a publicação da pauta é dispensável.

hora que será realizada, com antecedência mínima de cinco dias entre a publicação e a sessão de julgamento, sob pena de nulidade<sup>16</sup>.

## 2.1 Da sessão de julgamento e a construção do julgamento colegiado

Na sessão de julgamento<sup>17</sup>, o presidente respeitará a ordem da pauta<sup>18</sup>, ressalvando preferências como requerimento de sustentação oral, de preferência ou, ainda, a existência de processos adiados de pautas anteriores, coordenando os trabalhos, passando a palavra a cada juiz participante, bem como computando os votos e resultados de cada processo e julgamento.

Sobre um processo em específico, ao chegar o momento, a palavra é dada ao relator, que fará a exposição do relatório – uma explicação dos atos ocorridos desde o último relatório existente no processo e alegações das partes até o momento do julgamento. Nesse momento, em caso de requerimento, abrir-se-á prazo para a sustentação oral, se houver requerimento por ambas as partes, primeiro, então, ao recorrente e depois para o recorrido.

Após esse prazo, com ou sem a sustentação oral, o relator, caso não seja matéria de necessidade de manifestação do Ministério Público, retoma a palavra para continuar o trabalho, procedendo à leitura da fundamentação, delineando os motivos jurídicos e fáticos (dependendo do recurso) que motivou a decisão.

<sup>16</sup> Enunciado n.º 198 do FPPC: Identificada a ausência ou a irregularidade de publicação da pauta, antes de encerrado o julgamento, incumbe ao órgão julgador determinar sua correção, procedendo à nova publicação.

<sup>17</sup> “Aberta a sessão de julgamento, os recursos serão julgados de acordo com as preferências legais e regimentais, a serem definidas pelo presidente da sessão, que é o presidente do órgão colegiado recursal.” BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 107.

<sup>18</sup> Ramos Neto entende que a pauta deve ser construída nos moldes do art. 12 e a ordem cronológica, fato que não concordamos, pela instituição da ordem somente para a conclusão a cada relator: “A norma consagra de maneira expressa a prioridade de julgamento dos pedidos de preferência dentre aqueles incluídos na sessão independentemente de previsão em lei ou nos regimentos internos. A regra deve ser interpretada, porém, em harmonia com o art. 12 do CPC.” RAMOS NETO, Newton Pereira. **Comentário ao art. 936. STRECK, Lenio. Comentários ao código de processo civil**, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1.258.

O relator é o único magistrado do colegiado que tem contato direto com o processo, os demais não terão acesso aos autos com proximidade idêntica à do relator, devendo este, portanto, pormenorizar os fatos e fundamentos de maneira a explicar para os demais os detalhes, tanto do processo, quanto das razões do seu entendimento. O intuito, além de fundamentar o seu voto, é preocupar-se com um melhor deslinde, não somente do recurso, mas, também, para os outros magistrados terem ciência da situação processual, justamente para estarem aptos a procederem, cada qual, a seus votos.

A manifestação do relator, com a explanação processual, fundamentação e voto, abre o julgamento e, geralmente, serve de diretriz para a condução do colegiado.

Sobre a matéria de julgamento, há uma ordem a ser seguida, primeiro a análise sobre a admissibilidade recursal e, se o resultado for positivo, passa-se para as questões preliminares, se existentes, para, somente após, julgar o mérito recursal.

A questão preliminar é aquela que necessariamente deve ser julgada de modo anterior ao próprio mérito da ação<sup>19</sup>. No caso recursal, mesmo que haja uma impugnação múltipla, com diversos pontos materiais a serem decididos, há uma ordem de análise. Se há uma alegação de *error in procedendo* e outra de *error in judicando*, evidentemente que a matéria sobre um vício processual é preliminar à alegação de um vício de julgamento, com a necessidade de ser julgada antes, até por ser condicionante do julgamento posterior.

Se o julgamento de um argumento de existência de um vício for pelo seu reconhecimento, o resultado pode ser a anulação da decisão ou do processo, o que impossibilita até o prosseguimento do julgamento para o pleito de reforma da decisão, restando esta como prejudicada.

Essa ordem está delineada no art. 938 imputando a antecedência da preliminar ao mérito<sup>20</sup>. Ultrapassada a questão preliminar, com o julgamento desta e o resultado pela rejeição, o

<sup>19</sup> Sobre as questões preliminares: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões prejudiciais e questões preliminares. *Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 76.

<sup>20</sup> A terminologia preliminar e mérito é equivocada como descrita no art. 938, uma vez que as razões recursais podem ser em *error in procedendo* ou *error in judicando*, ambas são insertas ao mérito recursal, por mais que a primeira não seja mérito da ação. Logo, quando o art. 938 dispõe que as preliminares serão julgadas em momento anterior ao mérito há uma razão, contudo também há uma confusão sobre a conceituação de mérito recursal. Um pedido de anulação da decisão é mérito recursal,

mérito deve ser julgado, com a possibilidade de os julgadores vencidos anteriormente voltarem a votar na questão principal, conforme dicção do art. 939.

Ao encerramento de cada ponto – admissibilidade, preliminares<sup>21</sup> e mérito –, o relator passa a palavra para os demais membros. Cada qual deve se manifestar, em cada momento em que é chamada a tal, seja para a admissibilidade, preliminares e o voto sobre o mérito.

Ultrapassado cada ponto decisório, com a totalidade de votos dos membros, há a preclusão para o colegiado, na dicção do art. 941, sem a possibilidade de alteração do voto de cada membro, uma vez que a matéria já se alterou para outro julgamento, ainda que dentro do mesmo recurso ou processo.

Sobre o mérito, é importante delinear que a parcela da impugnação que versar sobre *error in iudicando* pode conter vários pedidos, dependendo da própria complexidade objetiva da ação – pluralidade de pedidos ou partes<sup>22</sup> – com a necessidade de que o voto do relator e, posteriormente, de cada membro, no mérito, enfrente cada pedido que for impugnado, cada capítulo recorrido.

Se uma ação tem dois pedidos – como dano moral e material, por exemplo – e o recurso impugna ambos, o relator e os demais membros devem enfrentar cada um dos pontos impugnados, formando um capítulo decisório recursal sobre um dos pedidos da ação e do recurso. Cada um desses pedidos deve ter um voto específico, com um resultado igualmente específico. Há uma ordem de manifestação depois do relator, primeiro será o membro mais novo na hierarquia interna do Tribunal até o mais antigo.

Em termos de conteúdo, esses poderão acompanhar o voto do relator, seja acrescentando fundamentação, se acharem necessário, ou simplesmente manifestar-se pelo acompanhamento de todo o voto, fundamento e posicionamento.

Em caso de divergência, aquele que primeiro optar por votar de modo diverso tem o dever de fundamentar, demonstran-

---

mas também é preliminar a um pedido de reforma da decisão, também mérito recursal. Óbvio e logicamente que um pedido de anulação deve ser julgado antes de um pedido de reforma, pelo fato de que o primeiro pode ser provido e não possibilitar o julgamento do segundo.

<sup>21</sup> Enunciado n.º 652 da FPPC: Cada questão preliminar suscitada será objeto de votação específica no julgamento.

<sup>22</sup> Sobre a teoria dos capítulos da sentença: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

do claramente os motivos da divergência, da mesma forma que o relator manifestou-se por seu posicionamento. Essa divergência pode ser de maneira total ou parcial, tanto sobre pontos anteriores ao mérito – admissibilidade e preliminares – quanto sobre o mérito, seja em todos os pedidos recursais ou em apenas alguns, necessitando fundamentar somente os pontos que vieram a ser divergentes, podendo, se quiser, naquilo que convergir, simplesmente acompanhar o relator.

Quando a divergência se sobressair em relação ao voto do relator quanto ao mérito, em sua maioria, há a alteração da relatoria para o primeiro magistrado a abrir a divergência, passando a ser o relator do processo, seja para a elaboração do acórdão e até para fins de prevenção. No entanto, importante diferenciar as divergências, se estas forem sobre a admissibilidade e as preliminares, mesmo com o relator se posicionar e for vencido, não impacta de modo a mudar a relatoria, o que somente ocorre quando, no mérito, houver a divergência como posicionamento da maioria.

A complicação sobre a alteração de relator está na divergência parcial vencedora. Se parcela do recurso foi julgada nos termos do voto do relator e o restante foi julgado pela divergência, há uma complicação sobre a alteração ou não do relator. Essa questão somente importa se for divergência sobre o mérito; se for sobre questões preliminares, mas no mérito o voto do relator for sobressalente, este continua a ser relator.

Em uma divergência parcial no mérito, há a necessidade de se verificar o quanto do recurso se sobressaiu, com a manutenção ou alteração da relatoria dependendo dos pedidos julgados. Se há uma sucumbência menor que a outra, se o voto do relator foi o condutor da maior parcela vitoriosa, mantém-se como tal; de modo diverso, se for condutor da menor parcela vitoriosa, assume o prolator do voto divergente.

Uma questão interessante surgida pela teoria dos precedentes está na divergência de fundamentação. Uma possibilidade em que os membros do colegiado julgarem de modo convergente no resultado final, mas terem chegado por construções de fundamentação diversas, o que gera uma divergência na fundamentação. A dúvida: se a fundamentação do voto do relator for vencida, mesmo que no resultado seja vencedora, deve-se alterar o relator? Cunha e Didier Jr. entendem, acertadamente, que sim<sup>23</sup>. Dessa ma-

<sup>23</sup> “Assim, é preciso que haja colheita de votos também em relação ao fundamento determinante adotado pelo tribunal. Cada julgador expõe a sua conclusão e a sua fundamentação, mas a contagem dos votos deve

neira, se a conclusão do relator for a vencedora, mas o seu fundamento não, é necessária a alteração da relatoria<sup>24</sup>.

Não basta, portanto, somente que se colha o resultado da votação, mas também a fundamentação vencedora, dentro dos votos vencedores. Nos Tribunais de segundo grau, nos julgamentos de apelação e agravo de instrumento, são comuns os acompanhamentos *in totum*, seguindo o voto do relator como base para a construção do resultado e do fundamento vencedor. Todavia, nos Tribunais Superiores, mesmo com o voto do relator sendo vencedor e condutor, há uma normalidade em debates orais, mesmo que os votos sejam convergentes no resultado, o que seria mais frequente essa divergência de fundamentação.

## 2.2 Da sustentação oral

As partes têm direito<sup>25</sup> de, perante o órgão que realizar o julgamento, manifestar-se, sustentando as suas teses de forma oral, seja pela parte recorrente, suas razões recursais, ou pela parte recorrida, suas contrarrazões<sup>26</sup>.

Na sessão de julgamento, depois de feita a exposição da causa com a leitura do relatório pelo relator, momento em que o presidente abre a palavra, sucessivamente, primeiro ao recorrente e, após, ao recorrido, pelo prazo improrrogável de 15 mi-

---

iniciar-se pela conclusão; definido o resultado do julgamento, passa-se à definição de qual é o seu fundamento determinante.” CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 45.

<sup>24</sup> Enunciado n.º 653 da FPPC: Divergindo os julgadores quanto às razões de decidir, mas convergindo na conclusão, caberá ao magistrado que primeiro deduziu o fundamento determinante vencedor redigir o acórdão.

<sup>25</sup> Estatuto da Advocacia e da OAB – EOAB – Art. 7º. São direitos do advogado: (...) IX - sustentar oralmente as razões em qualquer recurso ou processo, nas sessões de julgamento, após o voto do relator, em instância judicial ou administrativa, pelo prazo de quinze minutos, salvo se prazo maior for concedido..

<sup>26</sup> “Diante da garantia constitucional do contraditório, permite-se que, no julgamento a ser proferido pelo tribunal, possam as partes sustentar oralmente as razões de seus recursos, contribuindo para a reflexão dos julgadores, ao mesmo tempo em que tentam convencê-los do acerto de suas respectivas teses, com o que se contribui para uma decisão mais aprimorada.” CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 5ª. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 45.



nutos para cada qual, a fim de sustentarem os seus posicionamentos quanto ao recurso interposto.

O advogado da parte que deseja realizar a sustentação oral, deve requerer até o início da sessão para fazê-lo, bem como indicar o processo da pauta, pedindo preferência quanto aos demais, pelo fato da sustentação oral a ser feita.

Há, ainda, a inovação sobre a possibilidade de realização da sustentação oral por videoconferência, quando advogado domiciliado em cidade diferente do Tribunal, devendo, para tanto, requerer com um dia de antecedência.

Uma evolução no tocante à informática<sup>27</sup>.

Quais são os recursos que comportam a sustentação oral? O art. 937 e seus incisos delimitam essas hipóteses cabíveis para tal intento, o que demonstra que não serão todos os recursos que permitem a sustentação oral, somente os assim estipulados, como: no recurso de apelação; no recurso ordinário; no recurso especial; no recurso extraordinário; nos embargos de divergência; no agravo interno originário de recurso de apelação, de recurso ordinário, de recurso especial ou de recurso extraordinário; no agravo de instrumento interposto contra decisões interlocutórias que versem sobre tutelas provisórias de urgência ou da evidência.

Existem, também, algumas hipóteses que não são recursos, mas que permitem, de igual forma, a sustentação oral, como na ação rescisória, no mandado de segurança e na reclamação.

Em especial, há um recurso que não tem a previsão legal, mas que, excepcionalmente, deve ser permitida a sustentação oral, o agravo de instrumento que impugna uma decisão parcial – mérito ou sem mérito – pelo fato do conteúdo material daquele ato decisório ter densidade de sentença, o que tornaria esse agravo<sup>28</sup> como um recurso substitutivo da apelação, necessitando das mesmas prerrogativas inerentes a ela<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Sobre a possibilidade de videoconferência, a 2ª. Câmara do TJ/RO publicou sobre a necessidade de utilização da toga em tal ato, mesmo pela via virtual: “Ao término dos processos, o Desembargador Marcos Alaor Diniz Grangeia, Presidente da 2ª Câmara Cível, determinou que o Departamento alerte os advogados quanto ao uso de toga quando das sustentações orais por videoconferência, nos termos do art. 57, § 2º, do RITJ/RO; Porto Velho, 15 de março de 2017. Desembargador Marcos Alaor Diniz Grangeia Presidente da 2ª Câmara Cível.”

<sup>28</sup> Nesse sentido: LEMOS, Vinicius Silva. O agravo de instrumento contra decisão parcial de mérito. *Revista de Processo*. Vol.v. 259, Ano 41, p. 275-303, São Paulo: Ed. RT, 2016; OLIVEIRA, MIRANDA, Pedro Miranda de Oliveira. **Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015**. Florianópolis, Conceito Editorial, 2015, p. 142.



Na remessa necessária, justamente pela ausência de recorribilidade, como uma transferência para uma reanálise, como vimos, não se permite a sustentação oral<sup>30</sup>.

Pertinente à menção sobre a possibilidade de o advogado de qualquer das partes, a qualquer momento, suscitar pedido de manifestação para esclarecimento de fato<sup>31</sup>. Para tanto, não há nenhuma necessidade de inscrição, tampouco uma lógica para tanto, somente com o acompanhamento do julgamento e a suscitação de que há, naquele momento, um fato a ser esclarecido ou uma questão de ordem a ser suscitada.

Obviamente que o advogado deve ter o cuidado de não utilizar desse expediente para realizar uma sustentação oral, com menção aos votos ou pontos alheios ao que é possível esclarecer.

### 2.3 O pedido de vista

O relator tem um contato mais próximo com o processo, ciente de suas minuciosidades, seus detalhes processuais e, desse modo, os demais magistrados não têm esse contato, ainda mais com o término da função do revisor no CPC/2015. Na sessão de julgamento, com a função de expor a causa aos demais, é inevi-

<sup>29</sup> Enunciado n. 61 da JDPC: Deve ser franqueado às partes sustentar oralmente as suas razões, na forma e pelo prazo previsto no art. 937, *caput*, do CPC, no agravo de instrumento que impugne decisão de resolução parcial de mérito (art. 356, § 5º, do CPC).

<sup>30</sup> Cunha entende que na remessa necessária seria possível a sustentação oral, o que discordamos: "A sustentação oral, como também se viu, concretiza os princípios do contraditório e da ampla defesa, sendo permitida para viabilizar o debate no julgamento, com que se confere à parte mais um meio para exercer seu direito de influência, contribuindo com o convencimento dos julgadores. A sustentação oral concretiza, igualmente, o princípio da cooperação, inserindo a parte, por seu advogado, no debate a ser travado pelos membros do órgão julgador. Diante dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da cooperação, deve-se, na dúvida, optar pela admissibilidade da sustentação oral. Por tudo isso, é possível haver sustentação oral na remessa necessária." CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 64.

<sup>31</sup> Estatuto da Advocacia e da OAB – EOAB – Art. 7º. São direitos do advogado: (...) X - usar da palavra, pela ordem, em qualquer juízo ou tribunal, mediante intervenção sumária, para esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos, documentos ou afirmações que influam no julgamento, bem como para replicar acusação ou censura que lhe forem feitas.

tável que, em alguns julgamentos, um dos magistrados não se sinta preparado para, naquele momento, proferir o seu juízo sobre as questões expostas apenas com a leitura do relatório e explicações dadas oralmente pelo relator, durante a sessão de julgamento.

Desse modo, sem sentir-se confortável e preparado para proferir seu voto, naquele momento do julgamento, pode o julgador pedir vistas do processo, na dicção do art. 940. A consequência é, nesse momento, a retirada de pauta do processo, com a concessão, para aquele julgador, que assim requereu, até 10 dias para reincluí-lo na pauta, tempo que se entendeu como suficiente para a análise mais apurada do processo<sup>32</sup>. Qualquer dos integrantes do colegiado (com exceção do relator, pelo fato de ter contato maior com o processo) tem uma oportunidade de examinar mais minuciosamente o processo. Quando o relator verifica que há necessidade de um aprofundamento ou mudança em seu julgamento, não seria bem um pedido de vista, mas uma retirada de pauta, o que gera uma incongruência do próprio artigo, uma vez que inclui o próprio relator, contudo, não há sentido para ser vista.

O processo deve ser devolvido no prazo de dez dias<sup>33</sup>, com a possibilidade de renovação do prazo a requerimento do julgador que requereu a vista<sup>34</sup>. Em caso extremo, se os autos não forem

<sup>32</sup> “estabelece o prazo de dez dias para exame dos autos pelo julgador que ‘pede vista’ para apreciação mais detida da causa e, também, que o julgamento será retomado, independentemente de publicação de nova pauta, na primeira sessão ordinária subsequente à devolução dos autos, isto é, tão logo o magistrado sinalize que já firmou seu entendimento sobre o caso”. BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, 5: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões judiciais**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 113.

<sup>33</sup> No entanto, mesmo com a previsão legal exata de 10 dias, o STJ entendeu que o prazo razoável será de 60 dias: “O Pleno do Superior Tribunal de Justiça aprovou nesta quarta-feira (17/12) nova regulamentação do prazo para os pedidos de vista de processos formulados por seus ministros. A partir de agora, os ministros que pedirem vista terão até 60 dias, prorrogáveis por mais 30, para restituir os autos ao presidente do colegiado, devendo o julgamento do feito prosseguir na sessão subsequente ao fim do prazo, com ou sem voto-vista”. <http://www.conjur.com.br/2015-abr-22/sistema-alertara-ministro-stj-prazo-devolver-vista>

<sup>34</sup> “Os regimentos internos dos tribunais devem estabelecer regras que assegurem a observância do prazo: a demora em proferir-se o voto, após o pedido de vista, apaga ou enfraquece, nas mentes dos outros juizes, a

devolvidos dentro de tal prazo ou sem solicitação de prorrogação de prazo, o presidente do colegiado os requisitará para julgamento do recurso na sessão ordinária subsequente, com publicação da pauta em que for incluído<sup>35</sup>.

O processo desse voto-vista tem preferência aos demais, conforme disposto no art. 936, III.

## 2.4 A suscitação de fato superveniente ou fundamento apreciável de ofício

Quando o relator analisar um recurso, tanto as razões quanto as contrarrazões, considerando todos os fundamentos – fáticos ou jurídicos – ali constantes, e convence-se em sua cognição, a sua fundamentação deve ser mediante a adesão aos argumentos expostos por uma das partes, seja no próprio recurso/contrarrazões. No entanto, conforme a dicção do art. 1.013, também há a possibilidade de o relator manifestar-se sobre questões que foram discutidas no processo e que não foram solucionadas, mesmo que não suscitada pelas partes para o julgamento recursal.

Ou seja, o art. 1.013 permite uma análise de pontos que deveriam ser objeto da decisão anterior, mas que não foram enfrentados; contudo, esse dispositivo ressalva que tais pontos somente podem ser incluídos em julgamento recursal se foram objeto de discussão e contraditório no processo, ainda que não estejam no bojo da fundamentação recursal.

Essa manifestação é pertinente até pelo efeito translativo, como vimos, até pela cognoscibilidade oficiosa sobre determinadas matérias. Todavia, cumpre ressaltar que tal manifestação, mesmo que oficiosamente, deve ser somente sobre pontos já discutidos pelas partes anteriormente.

Mas, a dúvida que nasce é a seguinte: e se o relator entender, após a análise das razões e contrarrazões, que há determinada matéria que deve ser enfrentada oficiosamente, porém não houve discussão sobre estas no processo? Se o *relator* entender

---

lembrança das características da espécie e, com isso, diminui a probabilidade de acerto na decisão” BARBOSA MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao código de processo civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 650.

<sup>35</sup> Enunciado nº 649 do FPPC: A retomada do julgamento após devolução de pedido de vista depende de inclusão em nova pauta, a ser publicada com antecedência mínima de cinco dias, ressalvada a hipótese de o magistrado que requereu a vista declarar que levará o processo na sessão seguinte.

que, para dar ou negar provimento ao recurso, necessita enfrentar matérias que nem o recorrente tampouco o recorrido suscitaram, nem na fase de conhecimento em primeiro grau ou na própria fase recursal, deve, então, expor a necessidade material de oportunizar a manifestação sobre aquela matéria, com a consequente abertura de prazo para que as partes possam se manifestar sobre o que o relator entende materialmente importante.

Essa situação é exposta pela conjunção do art. 10<sup>36-37</sup> e a sua própria aplicabilidade na fase recursal, com a impossibilidade de prolatar-se uma decisão-surpresa, o que importa que os julgamentos recursais seguem a mesma regra, não sendo possível, mediante essa conjunção, imaginar que o relator, em seu voto, fundará a sua decisão – fática ou materialmente – em fundamento que não foi oportunizada a manifestação das partes.

O art. 933 especifica que, em uma conjunção com o art. 10, regulamentando esta regra para o âmbito dos Tribunais, *“se o relator constatar a ocorrência de fato superveniente à decisão recorrida ou a existência de questão apreciável de ofício ainda não examinada que devam ser considerados no julgamento do recurso, intimará as partes para que se manifestem no prazo de 5 (cinco) dias”*.

A devida adaptação à nova realidade trará situações estranhas para a atuação em Tribunais, com o relator, se cumprir o

---

<sup>36</sup> “A proibição de decisão surpresa e a atribuição do dever de consulta ao órgão julgador são concretizações do princípio do contraditório. O princípio do contraditório garante às partes o direito de poder influenciar o convencimento do julgador. Se a decisão baseia-se em questão a respeito da qual não houve debate, significa que a parte não pode influenciar o convencimento do juiz a respeito dessa mesma questão.” DIDIER JR., Fredie. Comentário ao art. 10. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 37.

<sup>37</sup> Em sentido contrário, os enunciados foram pela ENFAM que tentam minorar o impacto do art. 10 no processo como um todo, o que entendemos como equivocado:

Enunciado n.º 2 da ENFAM: Não ofende a regra do contraditório do art. 10 do CPC/2015, o pronunciamento jurisdicional que invoca princípio, quando a regra jurídica aplicada já debatida no curso do processo é emanção daquele princípio.

Enunciado n.º 6 da ENFAM: Não constitui julgamento surpresa o lastreado em fundamentos jurídicos, ainda que diversos dos apresentados pelas partes, desde que embasados em provas submetidas ao contraditório.

Enunciado n.º 3 da ENFAM: É desnecessário ouvir as partes quando a manifestação não puder influenciar na solução da causa.

disposto no art. 10, abrindo prazo para que as partes manifestem sobre matéria que entende pertinente para o julgamento, situação essa que, na prática, parece quase impossível, mas caso não seja adaptada e realizada, todos os acórdãos ou decisões monocráticas, que assim procederem, serão passíveis de anulação por infringirem o referido artigo.

A pergunta evidente passa pela existência ou não de um prejulgamento nesta situação, quando o juízo, de certa maneira, entender que tal matéria é fundamental para chegar-se na cognição ali apresentada, abrindo prazo para as partes se manifestarem.

No despacho em que o juízo determina que as partes analisem tal matéria, de certo modo, há um indicativo do juízo de que a matéria pode influenciar o julgamento, evidenciando a importância daquele ponto para o julgamento, cabendo, agora, que cada qual, recorrente ou recorrido, em suas devidas manifestações, construam argumentações sobre aquela matéria, aderindo ou impugnando a sua aplicabilidade para aquela questão, com o claro intuito de influir na futura decisão/voto do relator.

Não há como o relator suscitar matéria para fundamentar seu voto sem oportunizar as partes de se manifestar sobre tal ponto. Importante mudança na cultura dos Tribunais. O intuito é visualizar o contraditório como direito de influência<sup>38</sup> no resultado do julgamento.

Outro ponto importante, de visualização procedimental, passa por outra situação, quando o relator, em seu voto, não fun-

<sup>38</sup> O contraditório deve ser visto como direito de influência, Cabral delinea bem essa visão, a qual deve ser preponderante no processo civil como um todo, mas, de sobremaneira, no microsistema de formação de precedentes, com o direito de qualquer participante desse procedimento influenciar na decisão ulterior formada como precedente: “E, como visto, se o processo é um dos cenários onde produz o Estado decisões vinculativas, podemos afirmar que os sujeitos processuais, através de suas manifestações no curso do processo, exercem profunda influência no exercício do poder estatal. No âmbito processual, a dinâmica do poder abrange a prática da influência. Se apenas as decisões do magistrado são vinculativas e imperativas – manifestação de poder – os atos dos demais sujeitos processuais incluem-se no espectro maior de influir na decisão. (...) A influência, como temos sustentado, é reflexiva: difusa e multidirecional, partindo de todos e absorvida por todos.” CABRAL, Antonio do Passo. *Contraditório como influência*. **Dicionário de Princípios Jurídicos**. Orgs: Flávio Galdino; Sílvia Faber Torres; Ricardo Lobo Torres; Eduardo Takemi Kataoka. Rio de Janeiro: ELSEVIER – CAMPUS, 2011, p. 199.

damenta em argumentos novos, somente analisando aqueles que foram suscitados pelas partes, seja na fase recursal ou anteriormente.

Com a apresentação pelo relator do seu voto ao *colegiado*, com a devida abertura para o debate, se outro julgador – desembargador ou ministro, ao votar, apresentar outro fundamento, totalmente novo ao processo, sem as partes – recorrente ou recorrido – terem se manifestado sobre a questão, seja na fase recursal ou anteriormente, deve o presidente daquele colegiado suspender o julgamento daquele recurso para oportunizar as partes se manifestarem sobre a questão? A questão é complexa e espinhosa, por ser uma novidade impactante nos Tribunais, sobretudo sobre como os acórdãos devem ser construídos e fundamentados nos votos pelos colegiados.

Entretanto, a resposta à questão deve ser positiva, com a necessidade de suspensão do julgamento para a manifestação das partes, uma vez que existe um novo fundamento suscitado por um julgador no meio do julgamento daquele recurso, não importando se a questão é fática ou jurídica, somente com a pertinência da verificação se as partes manifestaram-se ou não sobre a matéria ali levantada, com duas alternativas: em *caso negativo*, sem a existência da manifestação das partes, deve o presidente do colegiado suspender o julgamento, para que o relator intime as partes para manifestação sobre tal fundamento; em *caso positivo*, com a verificação de que as partes tiveram a oportunidade processual de manifestarem sobre tal matéria – tendo cada qual realizado ou não a manifestação – o julgamento prossegue, com a ressalva da necessidade da fundamentação sobre essa existência de manifestação das partes sobre aquele ponto.

No âmbito dos tribunais, o art. 933, § 1º corrobora com essa possibilidade imputada pelo art. 10, já que se “*a constatação ocorrer durante a sessão de julgamento, esse será imediatamente suspenso a fim de que as partes se manifestem especificamente*”. Parece quase que insano que um colegiado, ao fundamentar um acórdão em matéria nova, por causa de um voto de vogal – desembargador ou ministro – suspenda um julgamento para ouvir as partes sobre tal fundamento<sup>39</sup>. É novo, é diferente, mas é essencial para que não haja nulidade sobre aquele ponto,

<sup>39</sup> Enunciado n. 60 da JDPC: É direito das partes a manifestação por escrito, no prazo de cinco dias, sobre fato superveniente ou questão de ofício na hipótese do art. 933, § 1º, do CPC, ressalvada a concordância expressa com a forma oral em sessão.

conforme preconiza o art. 10 em caso de existência de uma decisão-surpresa.

Se, durante o julgamento recursal, os procuradores das partes estiverem presentes *e surgir tal questão nova, fática ou jurídica, existia a possibilidade de ali, durante a sessão, abrir-se o contraditório? Uma dúvida que Bueno responde, acertadamente, é que “nada há que impeça, contudo, que, presentes os procuradores, seja, na própria sessão, colhida a manifestação, se todos estiverem de acordo com isto, para que o julgamento seja retomado”* (BUENO, 2015, p. 751). Essa visão é possível, contudo rara, tanto de acontecer dos procuradores de ambas as partes estarem ali presentes na sessão de julgamento recursal e, ainda, se estiverem, concordarem em manifestarem naquele momento; se houver discordância, deve ser concedido o prazo de cinco dias, estipulado pelo próprio art. 933.

Se o recurso estiver com o determinado *juulgador para a prolação de voto-vista*, conforme já vimos, a dúvida paira se esse vogal que pediu vistas, ao analisar a demanda, em seu convencimento entender que o fundamento – fático ou jurídico – não foi enfrentado na demanda, tampouco no recurso e necessita ser incluído no debate, o que deve ser feito? Esse julgador vogal, apesar de participar do julgamento, não tem vinculação administrativa com o recurso, não podendo, ele mesmo, intimar as partes para manifestarem, tendo, então, de remeter para que o relator o faça.

Com a determinação de manifestação em prazo para as partes, transcorrendo este, o relator deve levar a questão para a apreciação do colegiado.

Pertinente é a diferenciação sobre a questão de fato superveniente dos fundamentos apreciáveis de ofício, o que já se tratou anteriormente.

As questões fáticas estão atreladas aos juízos de primeiro grau, com a construção de uma fase procedimental específica para as provas e fatos. No entanto, é possível que, após a prolação de uma decisão e com um recurso para ser julgado, ocorra um fato ou se descubra um fato superveniente atinente àquele recurso a ser julgado. Este deve ser considerado para o julgamento do recurso, com a apreciação do colegiado sobre a sua pertinência, após enfrentar a sua superveniência.

Um fato superveniente é um fato que não existia antes da decisão ou um fato que existia, porém sem conhecimento de sua existência. Em ambas as hipóteses, de ofício ou a requerimento, o relator pode enfrentar tal fato, dada a sua superveniência. O



mundo recursal e dos Tribunais, por mais fechados cognitivamente que sejam pela fundamentação recursal, deve considerar o fato superveniente pelo seu caráter excepcional.

O art. 933 torna-se fundamental para que esse enfrentamento pelo juízo sobre fato superveniente não seja surpresa para as partes, com o prazo para a manifestação.

## **2.5 A modificação do voto**

Após a prolação de cada voto pelos magistrados, ao final, o presidente do colegiado realiza a contagem dos votos para a proclamação do resultado. Até o momento da proclamação, é possível a alteração de voto, qualquer que seja o magistrado, desde o relator, bem como os demais, ressalvando algum que já realizou o voto e foi afastado ou substituído da função, não participando, desse modo, daquele momento da proclamação, de acordo com a técnica de modificação nos moldes do § 1º do art. 941.

Com a proclamação do resultado, finda-se o julgamento com a prestação jurisdicional de conhecimento pelo Tribunal dada como encerrada.

Uma situação muito comum e que deve ser considerada é a impossibilidade de modificação de voto de membro do colegiado que já proferiu o voto e não faz mais parte daquele colegiado quando do prosseguimento do julgamento. O art. 941, § 1º dispõe, em sua parte final, que a possibilidade de modificação de voto não pode ocorrer quando o juiz foi afastado ou substituído. Muito comum é a substituição dos membros por férias, licença e outros motivos, com a convocação de outros julgadores para ocupar o lugar durante um período temporal provisório. Em uma situação desta, os juízes convocados votam como qualquer outro membro do colegiado, e o seu voto não pode ser revisto pelo juiz titular, quando o período provisório cessar, impedindo qualquer alteração.

O mesmo ocorre quando há a aposentadoria ou o falecimento de determinado membro do colegiado, com os seus votos em julgamentos ainda pendentes continuando a ter validade, com a impossibilidade do novo membro em alterar aquele voto.

## **3 Do resultado do julgamento colegiado: a construção do acórdão**

Após a votação de todos os membros do colegiado, chega-se ao resultado final do processo, obtendo-se, pela simples



somatória dos votos proferidos, o julgamento do recurso ou do processo, com hipóteses de resultado de julgamento por unanimidade ou por maioria de votos.

Se os votos prolatados ensejaram um resultado pelo não conhecimento do recurso, o colegiado não deve mais enfrentar qualquer matéria, pelo fato de que algum requisito de admissibilidade impede o julgamento de mérito recursal. Logo, o resultado será pelo recurso não conhecido.

Em termos de finalidade, o recurso enseja duas impugnabilidades: (i) *error in procedendo*; e (ii) *error in judicando*.

Em ambas as finalidades, o resultado, processualmente, será idêntico: *provimento*, *parcial provimento* ou *improvemento*. No entanto, o resultado prático desses será diferente, uma vez que no *error in procedendo* proporciona a anulação; já o *error in judicando* será pela reforma da decisão anterior.

Se o resultado for pelo *improvemento* do recurso, qualquer que seja a finalidade – *error in procedendo* ou *error in judicando* –, a decisão anterior tem o seu conteúdo mantido, mesmo que haja uma substituição dessa decisão pela nova decisão; entretanto, o recurso não conseguiu nenhum êxito para anular ou reformar a decisão, mantendo-a, materialmente, intacta.

Se o Tribunal entender pela anulação da decisão ou do processo, com o *provimento* do recurso para tanto, o impacto será a reabertura para uma nova decisão, seja para a remessa ao juízo anterior, seja pelo julgamento de mérito pelo próprio Tribunal. A decisão judicial anterior já não existe mais por causa do julgamento e do resultado deste pelo Tribunal.

Já se o *error in judicando* for pelo *provimento* recursal, há a alteração da decisão anterior. Dessa maneira, o efeito substitutivo está justamente atrelado a este resultado, no condão deste em substituir a decisão recorrida nos limites do que foi recorrido, bem como nos limites do *provimento*, se total ou parcial.

Esse conteúdo, qualquer que seja, do acórdão será o condutor dos próximos passos processuais e o grau de influência da decisão recursal na decisão anterior.

### 3.1 A proclamação do resultado

Encerrados os votos de todos os membros do colegiado, o presidente é responsável pela proclamação do resultado, conforme o disposto no art. 941.

Antes de proclamar o resultado, o presidente deve colher cada voto, de cada membro, sobre cada ponto decisório perti-

nente ao julgamento, o que não é ato fácil, dependendo do recurso, uma haja vista que, no mínimo, todo recurso tem a votação de admissibilidade e mérito, mas no mérito pode conter preliminares e capítulos do recurso, com um voto para cada ponto e a necessidade da proclamação do resultado específica sobre cada um dos pontos.

O resultado pode ser simples, na conjunção entre conhecido e não conhecido com provido, parcialmente provido ou improvido, mas também pode ser mais complexo, com diversos provimentos, parciais provimentos ou improvimentos. Cada capítulo do recurso terá o seu próprio resultado e deve ser considerado no resultado e em sua proclamação de modo específico.

Logo, a colheita dos votos pelo presidente é ato anterior à proclamação e base formada desta.

### 3.2 Lavratura, publicação do acórdão e a ementa

Proclamando-se o resultado, a fase a seguir passa a ser da lavratura do acórdão, a transformação do julgamento em um documento para inserção dentro do processo. A sessão de julgamento tem por princípio a oralidade, necessitando a redução a termo dos debates e dos votos ali contidos, para se transformar em um documento a ser anexado aos autos de forma física quando assim o processo for e, de forma eletrônica, quando sua forma for virtual.

Em todos os casos, o acórdão deve ter as mesmas formalidades de uma sentença, conforme o art. 489; no entanto, a parte dispositiva será a junção dos votos de cada julgador, de acordo com o resultado daquela votação. Nessa visão, necessária a existência de relatório, fundamentação de todos os posicionamentos e, claramente, a conjunção destes.

A função de lavratura do acórdão fica a cargo do relator, ainda que seja o novo relator pela modificação da relatoria pela divergência vencedora, mas sempre será a figura do relator.

Além dos votos em sua integralidade, o relator deve atentar-se para que o acórdão contenha a *ementa*. Esta seria o resumo do seu julgamento<sup>40</sup>, com as palavras-chave fundamentais

<sup>40</sup> “Atente-se em que a ementa não é o acórdão, cujo texto prevalece sempre sobre o dela, em caso de divergência. Também não constitui seu relatório, fundamentação, ou dispositivo, que devem constar do próprio acórdão, (...) A ementa dos acórdãos é muito útil, num tempo em que prolifera o armazenamento de dados, pois facilita a pesquisa na jurisprudência.” BERMUDEZ, Sérgio. **A reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 126.

que permeiam o acórdão, bem como delinear, sinteticamente, a relação entre os fundamentos e o resultado do que ali se julgou. Deve, ainda, conter as partes o resultado do recurso ou do processo. Muitas vezes, a ementa é mais citada do que o acórdão em si, sendo um resumo deste e, por isso, o relator deve ter o máximo cuidado, não só na lavratura do acórdão, mas para que a ementa seja uma pequena mostra do que realmente significa o resultado do julgamento.

Com o acórdão lavrado e pronto, o relator deve remetê-lo para a publicação em dez dias no órgão oficial. Em caso excepcional, quando não houver a publicação no prazo de 30 dias, as notas taquigráficas servirão como acórdão, lavrado por essa excepcionalidade pelo presidente do órgão fracionário.

Publicado o acórdão, o julgamento do recurso, remessa necessária ou competência originária encerra-se completamente, tornando perfeito enquanto ato judicial, com o início do prazo para a interposição dos próximos recursos cabíveis, se for o caso. Para fins de publicação, geralmente publica-se somente a ementa com o resultado, equivalendo, para tanto, como o próprio acórdão.

Se a publicação contiver equívocos, como a ausência de ementa ou erros, pode ser sanada com a correção do vício, o que não invalida o próprio julgamento.

### 3.3 Técnica de julgamento do art. 942: técnica de julgamento não unânime

No CPC/2015, houve a inovação de não permitir o resultado da não unanimidade na apelação, conforme o art. 942<sup>41</sup>. Nessa

<sup>41</sup> Sobre essa técnica de julgamento, de modo aprofundado: DIAS, Francisco Barros. Técnica de julgamento: criação do novo CPC (LGL\2015\1656) (Substitutivo dos Embargos Infringentes). **Coleção Novo CPC - Doutrina Selecionada - v.6 - Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais**. Orgs: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. Salvador: JusPodivm, 2015; ARRUDA ALVIM, Teresa. Ampliação da colegialidade como técnica de julgamento. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ARRUDA ALVIM, Teresa (Coord.). **Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro**. São Paulo: Ed. RT, 2016; LEMOS, Vinicius Silva. A técnica de julgamento não unânime e as suas implicações procedimentais. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Vol. 101, p. 300-320, Belo Horizonte: Fórum, 2018; KOZIKOSKI, S. M.; PUGLIESE, W. S.. Considerações sobre a ampliação do quórum no julgamento da apelação. **Revista de Processo**. Vol. 276, Ano 43, p. 237-261, São Paulo: Ed. RT, 2018.

situação, com a votação terminando com um voto divergente, há a necessidade de convocar novos julgadores a participar do julgamento. Essa quantidade de julgadores deve ser em número possível para reverter a demanda em favor da minoria, o que leva, na hipótese da apelação, à convocação de mais dois magistrados, no mínimo.

Esses novos membros do colegiado, para esse julgamento, podem ser aqueles que já estiverem presentes na sessão, se for o caso de colegiado que trabalhe com órgãos fracionários de cinco membros, mesmo que ainda em segundo grau. Por outro lado, se for colegiado de somente três membros, ocorrerá a suspensão da sessão, com a convocação dos demais, mediante o regimento interno de cada Tribunal, com a consequência de adiamento da resolução do recurso ou demanda para nova sessão de julgamento.

Nesse ponto, essa técnica de julgamento substituiu a espécie recursal dos embargos infringentes<sup>42</sup>, deixando-o com um procedimento de ofício. Não detém caráter recursal, tampouco natureza jurídica nesse sentido, somente será uma técnica apropriada para o julgamento não unânime. Não há, na suspensão da sessão para aquele julgamento, uma decisão ainda, pelo fato de que o próprio julgamento foi interrompido, inexistindo, naquele momento, uma decisão e, conseqüentemente, não há como se imaginar ser um recurso. Outro ponto dessa visão, um recurso detém a voluntariedade, com a interposição pela parte prejudicada, fato que não será idêntico nessa técnica, uma vez que, necessariamente, se procederá ao novo julgamento automaticamente quando houver a incidência de tal situação.

Entretanto, nessa técnica não se repetiram os mesmos requisitos existentes nos embargos infringentes, como no art. 530 do CPC/73, onde, além da não unanimidade, era necessária a sentença de mérito e a necessária reforma da decisão. Na leitura do art. 942, basta a existência da não unanimidade e, com isso, a

<sup>42</sup> “A norma faz uma releitura da disciplina dos antigos embargos infringentes. Substituiu-se o que tradicionalmente era um recurso por uma espécie de técnica de julgamento que permite ao interessado tentar fazer prevalecer a tese acolhida no voto vencido. Preve-se uma modalidade de novo julgamento – ou prolongamento do julgamento anterior – na apelação, acção rescisória e agravo de instrumento quando a primeira decisão for não unânime, observadas as condições estabelecidas no caput e parágrafos.” RAMOS NETO, Newton Pereira. Comentário ao art. 942. STRECK, Lenio. **Comentários ao código de processo civil**, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1.262.

divergência formada incidirá na necessidade desse procedimento. Essa é a regra para a apelação<sup>43</sup>.

A técnica do art. 942 – ou técnica de julgamento não unânime<sup>44</sup> – se estende *para a mesma situação na ação rescisória em que se rescindiu a sentença e no agravo de instrumento que julga parte do mérito da demanda, ambos se tiverem também julgamentos não unânimes. Mas, nessas hipóteses, houve uma curiosidade: além da não unanimidade, necessita-se de matéria de mérito, reforma e divergência. A pergunta fica: duas regras diversas ou um erro do legislador na apelação*<sup>45</sup>?

Freire entende que há somente uma regra e que o sistema que substituiu os embargos infringentes necessita de todos os requisitos: sentença de mérito, reforma da decisão e divergência<sup>46</sup>. Todavia, creio que não ter como chegar nessa interpreta-

<sup>43</sup> “na hipótese da apelação duas grandes alterações restaram bem reveladas, quais sejam: o acórdão ser por maioria confirmando ou reformando sentença, o que nos embargos infringentes só é possível se for reformando a sentença. A decisão pode ter decidido mérito da causa ou não, diferentemente dos embargos infringentes onde só é cabível quando julgado for sobre o mérito da causa.” DIAS, Francisco Barros. *Técnica de julgamento: criação do novo CPC (substitutivo dos embargos infringentes)*. **Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - v.6 - Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais**. Orgs: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACEDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 55.

<sup>44</sup> Câmara adota outra nomenclatura para essa técnica: “Neste caso, aplica-se uma técnica de complementação de julgamento regulada pelo art. 942.” CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 523.

<sup>45</sup> “Nesse caso, há duas possíveis interpretações. O legislador, por ter criado uma técnica de julgamento bem mais simples e informal que a gerada pelos embargos infringentes, teria decidido conscientemente alargar seu cabimento para qualquer julgamento por maioria de votos na apelação. Ou teria sido uma omissão involuntária do legislador, de forma a ser cabível tal técnica de julgamento somente na apelação julgada por maioria de votos que reforma a sentença de mérito. Acredito mais na segunda hipótese, porque, se a pretensão era ampliar o cabimento, não teria sentido continuar a limitá-lo à espécie de resultado na ação rescisória e no agravo de instrumento. Ainda assim, é tema que gerará debates, porque numa interpretação literal qualquer julgamento por maioria de votos na apelação leva à aplicação do art. 942 do Novo CPC, enquanto numa interpretação sistêmica, somente na hipótese de o julgamento reformar sentença de mérito.” NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Volume único. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1.845.

<sup>46</sup> FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Falando de Processo - Mesa Redonda sobre Recursos com a participação de Rodrigo Mazzei, Gilberto Bruschi, Rodrigo da Cunha Lima Freire e Antônio Carvalho**. <[https://www.youtube.com/watch?v=CQVus7Brb\\_M](https://www.youtube.com/watch?v=CQVus7Brb_M)>.

ção<sup>47</sup>, entendo como correto que na apelação houve uma amplitude maior, um aumento da sua possibilidade, totalmente de modo diverso das outras duas hipóteses. E qual o motivo dessa regra diversa? Não há uma explicação para tal distinção no regramento, talvez seria pelo fato de que a apelação tem uma incidência maior e, assim, uma importância também de mesmo modo; contudo, parece muito mais uma redação atécnica do que uma real escolha do legislador.

No entanto, há de se seguir essa dualidade de regras<sup>48</sup>, uma vez que há tal previsão no *caput* do art. 942 e, ainda, em uma situação de um recurso que tenha somente a divergência e não for utilizado esse sistema de votação, pode configurar nulidade por causa da não utilização, com eventual recurso para discutir-

<sup>47</sup> Nery Jr. e Nery entendem pela manutenção sistêmica dos requisitos dos embargos de divergência: “A sentença fundamentada no CPC 485 não está sujeita a ele. Muito embora o CPC 942 não consigne expressamente essa exigência, como o fazia o CPC/1973 530, ela é dedutível do contexto, porquanto admite a instauração do procedimento em caso de agravo de instrumento, quando a decisão interlocutória houver parcialmente decidido o mérito e for reformada.” NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 16. ed. São Paulo: Ed. RT. 2016, p. 2.003.

<sup>48</sup> Zaneti Jr. entende pela aplicação de duas regras, de acordo com os moldes que a lei implica: “Na apelação a técnica incide em todas as hipóteses (art. 942, *caput*). No agravo de instrumento incide em todos os casos que decidam o mérito (art. 942, § 3.º, II), ou seja, mantém-se a mesma linha de entendimento que existia no Enunciado 255 da Súmula do STJ. Este deverá ser cancelado ou modificado, uma vez que não há mais os agravos retidos, tampouco os embargos infringentes, mas a lógica é a mesma. O inciso exige, além da decisão do mérito no agravo, que ocorra a reforma da decisão. Nestes termos adota limitação parecida com a prevista na redação do art. 530, CPC/1973, após a reforma da Lei 10.352 (“Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado procedente ação rescisória.”) (...) Caberá, ainda, a utilização da técnica de ampliação do julgamento colegiado quando na ação rescisória o resultado for a rescisão da sentença (art. 942, § 3.º, I). Nestes termos adota limitação parecida com a prevista na redação do art. 530, CPC/1973, após a reforma da Lei 10.352, já transcrito. Vimos que esta limitação está presente em ambos incisos, ou seja, no agravo e na ação rescisória, mas não está presente no *caput*. Disto resultaram algumas perplexidades, pois para a mesma técnica foram adotadas duas lógicas distintas.” ZANETI JR., Hermes. Comentários ao art. 942. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1.352.

se os moldes objetivos da votação e, infelizmente, a lei colocou que na apelação somente necessita da não unanimidade<sup>49</sup>.

O intuito dessa técnica de julgamento não unânime está em propiciar um maior debate sobre a formação de uma decisão em que há notória divergência em colegiados de somente três membros – aqueles que julgam apelações e agravos de instrumento. A possibilidade de que uma falsa maioria<sup>50</sup> seja formada, com uma composição daquele órgão fracionário que não representa o posicionamento majoritário do Tribunal, é dissipada com essa técnica, justamente por possibilitar a ampliação do colegiado e, também, de debate.

Outro intuito é permitir a melhor qualidade dos debates sobre matérias que têm divergência, dada a função nomofilática dos Tribunais, ainda que sejam em grau revisional, com apelações e agravos de instrumento<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> Nesse sentido que já definiu o STJ: (RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. CPC/2015, ART. 942. TÉCNICA DE AMPLIAÇÃO DE JULGAMENTO. DECISÕES COM MAIOR GRAU DE CORREÇÃO E JUSTIÇA. ECONOMIA E CELERIDADE. APELAÇÃO NÃO UNÂNIME QUE REFORMA OU MANTÉM A SENTENÇA IMPUGNADA. EMPREGO AUTOMÁTICO E OBRIGATÓRIO. (...)  
3. Contudo, diferentemente dos embargos infringentes do CPC/1973 - que limitava, no caso da apelação, a incidência do recurso aos julgamentos que resultassem em reforma da sentença de mérito -, a técnica de julgamento prevista no CPC/2015 deverá ser utilizada quando o resultado da apelação for não unânime, independentemente de ser julgamento que reforma ou mantém a sentença impugnada. (...) STJ - REsp: 1733820 SC 2018/0077516-2, Relator: Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 02/10/2018, T4 - QUARTA TURMA)

<sup>50</sup> Uma falsa maioria é aquela em que a composição de um determinado órgão fracionário tem como maioria um entendimento que a conjunção de todos os órgãos de um Tribunal não tem. Um exemplo seria um Tribunal que tem quinze membros que julgam a mesma matéria, com um entendimento de treze que seriam pelo posicionamento A, já dois seriam pelo B. Todavia, pode ocorrer de um colegiado ser formado por estes dois membros que votariam B nessa matéria, formando, naquela situação, uma falsa maioria.

<sup>51</sup> “Há que se aceitar, desta forma, que o sistema recursal foi conectado com outras técnicas de gerenciamento das demandas repetitivas. Isto porque, além de estarem voltados à satisfação do inconformismo da parte que sucumbiu, os recursos atendem ainda uma função nomofilática, garantindo a proteção do direito objetivo e a integridade dos precedentes e julgados das Cortes Superiores” KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Sistema recursal no CPC/2015**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 28



## Conclusão

Diante da proposição do recorte deste trabalho, o estudo presente delineou as diretrizes construtivas do novel ordenamento processual para a tramitação procedimental dos recursos, remessas necessárias e ações de competência originária, tomando como base o sistema recursal.

Dessa maneira, o sistema preconizado pelo compreendido entre os arts. 929 e 946 torna linear o modo como um processo caminha na sua tramitação, desde o protocolo, registro e distribuição até o seu julgamento.

As inovações são grandes nesse sistema, como a remodelação da decisão monocrática pelo relator, com a inserção construtiva do art. 932 para delinear melhor as hipóteses de utilização do julgamento unipessoal pelo relator; a necessidade de interligação do princípio da primazia ao julgamento de mérito e o cumprimento dos requisitos de admissibilidade recursal, com a possibilidade de sanabilidade prevista no art. 932, parágrafo único; a organização da suscitação de fato superveniente ou matéria oficiosa, nos moldes do art. 933, com a interligação ao art. 10 e a efetividade de um contraditório preventivo e influenciante; o melhor desenho da sustentação oral e a possibilidade desta ser por videoconferência, pela dicção do art. 937; a inserção da técnica de julgamento não unânime para a apelação em geral e hipóteses do agravo de instrumento e ação rescisória em Tribunal de segundo grau; a construção coletiva da votação e do acórdão, dentre outras hipóteses.

Todos estes pontos enfrentados diante da sistemática do CPC/2015 demonstram um procedimental mais realístico ao cotidiano dos Tribunais e as inovações existentes, com um panorama sobre os processos nesse grau de jurisdição.

## Referências

ARRUDA ALVIM, Teresa. Ampliação da colegialidade como técnica de julgamento. *In*: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ARRUDA ALVIM, Teresa (Coord.). **Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro**. São Paulo: Ed. RT, 2016;

\_\_\_\_\_. **Ordem cronológica – preferencialmente**. <http://www.migalhas.com.br/EntendendoDireito/110,MI238018,51045-Ordem+cronologica+Preferencialmente>.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Questões prejudiciais e questões preliminares. **Direito processual civil (ensaios e pareceres)**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.



\_\_\_\_\_. **Comentários ao código de processo civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BERMUDES, Sérgio. **A reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil, 5**: recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões judiciais. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. **Novo código de processo civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. Contraditório como influência. **Dicionário de Princípios Jurídicos**. Orgs: Flávio Galdino; Silvia Faber Torres; Ricardo Lobo Torres; Eduardo Takemi Kataoka. Rio de Janeiro: ELSEVIER – CAMPUS, 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Comentário ao art. 12. STRECK, Lenio. **Comentários ao código de processo civil**, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIAS, Francisco Barros. Técnica de julgamento: criação do novo CPC (LGL\2015\1656) (Substitutivo dos Embargos Infringentes). **Coleção Novo CPC - Doutrina Selecionada - v.6 - Processo nos Tribunais e Meios de Impugnação às Decisões Judiciais**. Orgs: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. Salvador: JusPodivm, 2015;

DIDIER JR., Fredie. Comentário ao art. 10. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. **Capítulos de sentença**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Falando de Processo - Mesa Redonda sobre Recursos com a participação de Rodrigo Mazzei, Gilberto Bruschi, Rodrigo da Cunha Lima Freire e Antônio Carvalho**. [https://www.youtube.com/watch?v=CQvus7Brb\\_M](https://www.youtube.com/watch?v=CQvus7Brb_M).

KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Sistema recursal no CPC/2015**. Salvador: JusPodivm, 2015.

KOZIKOSKI, S. M.; PUGLIESE, W. S. Considerações sobre a ampliação do quórum no julgamento da apelação. **Revista de Processo** Vol. 276, Ano 43, p. 237-261, São Paulo: Ed. RT, 2018.

LEMOS, Vinicius Silva. O agravo de instrumento contra decisão parcial de mérito. **Revista de Processo**. Vol. 259, Ano 41, p. 275-303, São Paulo: Ed. RT, 2016.

\_\_\_\_\_. A técnica de julgamento não unânime e as suas implicações procedimentais. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Vol. 101, p. 300-320, Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 16. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Volume único. Salvador: JusPodivm, 2016.

OLIVEIRA, MIRANDA, Pedro Miranda de Oliveira. **Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015**. Florianópolis, Conceito Editorial, 2015.

RAMOS NETO, Newton Pereira. Comentário ao art. 936. STRECK, Lenio. **Comentários ao código de processo civil**, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **A causa petendi no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2001.

ZANETI JR. Hermes. Comentário ao art. 932. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

\_\_\_\_\_. Comentários ao art. 942. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

# **Reforma da lei de recuperação e falência: substitutivo de plenário ao Projeto de Lei nº 6.229/2005**

***Paulo Henrique Garcia Hermosilla***

*Advogado em Campinas/SP*

*Mestre e Doutor em Direito Civil pela*

*Universidade de São Paulo*

*Assessor Jurídico – AJURE/Adjunta Campinas –*

*Banco do Brasil S/A*

## **RESUMO**

O objetivo do Substitutivo nº. 6.229-B/2005 é o aprimoramento da Lei nº. 11.101/2005, providência essa já reclamada pela jurisprudência, a qual se encontra incumbida de integrar a referida norma à realidade pretoriana, ficando claro que alguns pontos devem, necessariamente, ser alterados, a exemplo da contagem dos prazos processuais, do correto enquadramento do crédito fiscal quanto ao parcelamento das dívidas tributárias, da limitação temporal da duração do processo, com destaque para a conclusão da assembleia geral de credores em um evento ou, no máximo, com uma única prorrogação, etc. Caso seja aprovado o substitutivo, aguarda-se o aprimoramento do instituto e que ele efetivamente consiga tornar realidade as prioridades destacadas, especialmente no que tange à continuidade da atividade empresarial, considerando que a falência, em regra, não é a melhor solução para uma atividade tão dinâmica quanto a desenvolvida no ambiente empresarial.

Palavras-chave: Lei de Recuperação e Falência. Reforma. Substitutivo nº. 6.229-B/2005. Destaques.

## **ABSTRACT**

The goal of the Substitutivo nº. 6.229-B/2005 is to improve the Law nº. 11.101/2005, providing the changes claimed by the judges that aligning de theme with the understanding of the Court House, underlining that some points must be changed, for example, the timelines, the correct treatment of the public fundings, the installments of the duties, the time limitation of the process general

meeting of creditors, and so on. Once approved, we hope that the improvement of the institute turns reality its priorities, especially the maintenance of the activities, considering that the bankruptcy is not the best way to a so dynamic activity as the developed by the businessman.

Keywords: Bankruptcy and recovery law. Reform. Substitutivo n.º. 6.229-B/2005. Highlights.

## 1 Histórico e contextualização

### 1.1 Do tema escolhido

O presente artigo é baseado no Substitutivo n.º. 6.229-B/2005, oferecido pelo Deputado Hugo Leal ao PL de autoria do então Deputado Luiz Antonio Medeiros (PL/SP), ora em tramitação pela Câmara dos Deputados.<sup>1</sup>

O assunto é muito caro não somente aos empresários e demais atores envolvidos, mas também às instituições financeiras, as quais são invariavelmente afetadas pela lei falimentar.

### 1.2 Histórico do tema

O tema não é novo. Na verdade, a LRF passou a ser alvo de inúmeros projetos de lei assim que foi publicada. O substitutivo em tela foi objeto de análise por parte de uma pluralidade de envolvidos, dentre eles magistrados, professores e da própria OAB.

### 1.3 Da necessidade da reforma

Vejamos os “princípios norteadores” que inspiraram o substitutivo: a) preservação da empresa; b) fomento ao crédito; c) incentivo à aplicação produtiva, ao empreendedorismo e ao rápido recomeço (*fresh start*); d) mecanismos legais que evitem um indesejável comportamento estratégico dos participantes da recuperação judicial, da recuperação extrajudicial e da falência e que redundem em prejuízo social; e e) melhoria do arcabouço institucional, incluindo a supressão de procedimentos desnecessários.

<sup>1</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n.º 6.229-B, de 2005. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=6327B181451F30F5711AA596DDDBE36D.proposicoesWebExterno2?codteor=1854076&filename=Avulso+-PL+6229/2005](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=6327B181451F30F5711AA596DDDBE36D.proposicoesWebExterno2?codteor=1854076&filename=Avulso+-PL+6229/2005)>. Acesso em: 16 ago. 2020.

## 2 Do PL 6.229-B/2005

### 2.1 *Stay period*

A atual redação do § 4º, do art. 6º, da LRF, determina que a suspensão do curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 dias, contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial.

O substitutivo propõe que o *stay period* passe a ter um prazo melhor definido, pois o atual (improrrogável de 180 dias) é “sistematicamente ignorado por muitas decisões”.

Dessa forma, a solução encontrada pelo substitutivo foi alterar parcialmente a redação do § 4º, autorizando a prorrogação do *stay period*, por uma única vez e por igual período, desde que o devedor não tenha concorrido para a superação do lapso temporal.

### 2.2 Responsabilidade subsidiária

Uma boa notícia para os tomadores de serviço, como é o caso das instituições financeiras<sup>2</sup>, é que, se aprovado o substitutivo, em caso de recuperação judicial também serão suspensas as execuções trabalhistas contra o responsável subsidiário até a homologação do plano ou a convolação da recuperação judicial em falência (art. 6º, § 12), o que não encontra previsão na regra atual.

### 2.3 Crédito fiscal

O § 7º do art. 6º da LRF determina que as execuções de natureza fiscal não se suspendem pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do CTN e da legislação ordinária específica, enquanto o art. 68, em conjunto com a Lei nº. 10.522/2002, faculta o parcelamento do crédito fiscal no âmbito da recuperação judicial.

<sup>2</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_301\\_350.html#SUM-331](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331)>. Acesso em: 16 ago. 2020.

O substitutivo propõe a inserção do art. 10-A, através do qual será facultada ao empresário “que pleitear ou tiver deferido o processamento da recuperação judicial” a liquidação dos referidos débitos através das modalidades de parcelamento mencionadas no dispositivo.

Propõe o substitutivo, portanto, que o parcelamento dos créditos tributários passe a representar uma prerrogativa do empresário, podendo ocorrer a partir do requerimento de RJ, permitindo que o empresário regularize sua situação perante o Fisco antes mesmo do deferimento do processamento da RJ.

Porém, o substitutivo é tímido quanto ao efetivo benefício que a reforma trará em relação ao requerente da RJ.

Isso porque, quando se pensa em recuperação judicial, os primeiros a serem afetados são os empregados e os fornecedores, e estes se dividem em diversos segmentos, a exemplo dos fornecedores de insumos e matéria-prima, até os de transporte, energia elétrica, gás, água, etc., todos eles imediatamente envolvidos na cadeia de produção e diretamente prejudicados pela suspensão dos pagamentos.

No entanto, em regra, o titular do crédito fiscal (Estado) nada contribuiu para o sucesso do empreendimento, mas quase sempre é um dos responsáveis por seu fracasso.

Contudo, a cobrança do crédito público não será afetada, pois, conforme destacado anteriormente, a menos que o crédito tributário seja parcelado nos termos da legislação em vigor, o ajuizamento da RJ não suspende o curso da execução fiscal.

Sobre o tema, Cesar de Lucca<sup>3</sup> resumiu a questão da extraconcursalidade do crédito fiscal nos seguintes termos:

A extraconcursalidade do crédito fiscal afeta, sobremaneira, a divisão do ônus, ao permitir que uma classe de credores não se submeta ao “stay period” e possa continuar realizando a execução forçada de seus créditos, enquanto todas as demais suspendem seus processos de cobrança enquanto discutem, de maneira conjunta, a me-

<sup>3</sup> Gargalos Tributários da Recuperação Judicial. Dissertação apresentada à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas como requisito para obtenção do título de mestre em Direito. Fonte: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/28549/C%3%A9sar%20de%20Lucca%20-%20Gargalos%20tribut%C3%A1rios%20da%20recupera%C3%A7%C3%A3o%20judicial.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2020.

Ihor forma de manter as atividades da empresa no longo prazo.

Nesse aspecto, se um dos princípios norteadores do sistema recuperacional é a preservação da função social da empresa enquanto geradora de emprego e renda, a reforma está distante dos interesses do empresário e merece ser aprofundada de modo a atrair o crédito fiscal definitivamente para o interior da recuperação judicial, especialmente em um país onde é mínima a contraprestação oferecida pelo Estado se comparada à massa dos recursos recolhidos pelo contribuinte através dos tributos vorazmente exigidos.

Ainda sobre o tema, a reforma insere o *concursum fiscalis* no âmbito falimentar com o acréscimo do art. 7º-A, o qual determina que, após realizadas as intimações e publicado o edital eletrônico previstos, respectivamente, no inciso XIII do *caput* e no § 3º do art. 99, o juiz instaurará, de ofício, para cada Fazenda Pública credora, incidente de classificação de crédito público, e determinará a sua intimação eletrônica para que, no prazo de trinta dias, apresente a relação completa de seus créditos inscritos em dívida ativa, acompanhada dos cálculos, da classificação e das informações sobre a situação atual.

O Deputado Hugo Leal justificou a inclusão da medida pois a legislação silencia acerca do procedimento de inclusão dos créditos fiscais no QGC da falência, ocasionando penhoras no rosto dos autos da falência, habilitações ou petições simples, conforme o entendimento de cada magistrado, carecendo de uniformidade e segurança jurídica, além do conflito entre os juízos da execução fiscal e falimentar, ou entre o Fisco e a massa falida.

## 2.4 Quadro geral de credores

Duas alterações importantes acerca do QGC vieram com a inclusão de diversos outros parágrafos ao art. 10 da lei atual, dentre eles o § 7º, o qual determina que o QGC será formado com o julgamento das impugnações tempestivas e com as habilitações retardatárias decididas até o momento da sua formação, e o § 9º, que autoriza o encerramento da recuperação judicial mesmo que ainda não homologado o QGC, hipótese em que as ações incidentais de impugnação e habilitação retardatária serão redistribuídas ao juízo da recuperação judicial como ações autônomas, observando o rito comum.

## 2.5 Cessão de créditos

Segundo a atual redação da LRF, o crédito cedido a terceiros é desnaturado, a exemplo do que ocorre com o crédito trabalhista (PACHECO, 2013. p. 264), o qual, após a cessão, passa a ter caráter quirografário, o que faz com que tal tipo de operação não desperte o interesse de terceiros (ALMEIDA, 2013, p. 272).

Nesse sentido, confira-se a atual redação do art. 83, § 4º, da LRF: “§ 4º Os créditos trabalhistas cedidos a terceiros serão considerados quirografários” (FAZZIO JÚNIOR, 2019, p. 67).

Porém, uma das alterações mais expressivas trazidas pelo substitutivo diz respeito à sucessão creditória, e determina que o crédito cedido mantenha as características originais, beneficiando seu novo titular.

Assim, se aprovado o substitutivo, a nova redação do § 4º, do art. 83, passará a dispor que “... os créditos cedidos a qualquer título manterão sua natureza e classificação”.

Quanto às filiais e UPIs, as mesmas poderão ser alienadas totalmente livres das dívidas que afligiam a recuperanda, pacificando, definitivamente, as dúvidas que cercavam o instituto. Entretanto, o substitutivo ressalva que, nesse caso, as alienações não poderão comprometer a recuperação da empresa, nem configurar liquidação antecipada da empresa dentro do processo de recuperação judicial, atraindo a necessária segurança jurídica aos investidores, facilitando a alienação de ativos no âmbito da recuperação judicial e mantendo a atividade empresarial e os empregos, em sintonia com o princípio norteador da reforma: a preservação da empresa.

## 2.6 Deliberação

O substitutivo acrescentou o § 4º ao art. 39 da LRF, o qual determina que qualquer deliberação que dependa da AGC poderá ser substituída por termo de adesão firmado pelos credores, votação eletrônica ou outro mecanismo reputado seguro pelo magistrado, agilizando o processo decisório.

## 2.7 Voto abusivo

Considerando que o voto deve ser exercido pelo credor, no seu interesse e de acordo com seu juízo de conveniência, o substitutivo acrescenta o § 6º ao art. 39, o qual tipificou o chamado “voto abusivo”, ou seja, o que é manifestamente exerci-



do para obter vantagem ilícita para o credor ou para outrem, podendo ser declarado nulo.

## **2.8 Plano de recuperação judicial**

Segundo o substitutivo, o PRJ deverá conter a indicação da data, hora e local da realização da AGC.

Além disso, em caso de rejeição do plano proposto pelo devedor, o substitutivo prevê que o AJ ponha em votação na AGC, mediante condições, a concessão de prazo de 30 dias para que seja apresentado PRJ pelos credores, o qual, se aprovado, terá eficácia, independentemente da concordância do devedor (art. 56, § 4º).

Sendo rejeitado o PRJ proposto pelo devedor e, eventualmente, pelos credores, e não havendo condições de o primeiro ser homologado pelo magistrado, será decretada a falência (art. 56, § 8º), lembrando o relator do substitutivo que tal procedimento aumentará o poder de barganha dos credores, induzindo os credores e devedores à obtenção de um acordo sempre que o mesmo se mostrar viável, evitando-se a indesejável falência.

Interessante alteração sugerida pelo substitutivo através da inserção do parágrafo único ao art. 60 é a que determina que a RJ poderá ser encerrada independentemente da consolidação do QGC.

## **2.9 Assembleia geral de credores**

O substitutivo previu que qualquer deliberação no âmbito da AGC poderá ser feita através do voto eletrônico ou por escrito (art. 39), dispensando a própria realização do evento. Aliás, a AGC será convocada pelo magistrado por meio de edital publicado no Diário Oficial eletrônico e disponibilizado no sítio eletrônico do administrador judicial, com antecedência mínima de quinze dias (art. 36), conferindo maior celeridade ao processo.

Outro dispositivo que, se aprovado, agilizará o processo decisório no âmbito da RJ é o que determina que, suspensa a AGC convocada para a votação do PRJ, a mesma deverá ser encerrada no prazo de 90 dias, contados da data de sua instalação (art. 56, § 9º).

## **2.10 Consolidação**

Atualmente, observa-se a utilização indiscriminada da consolidação substancial, fragilizando a preservação da personali-

dade jurídica, razão pela qual o substitutivo, ao inserir a nova Seção IV-B à LRF, optou por aprimorar o disciplinamento da recuperação judicial e da falência de empresas pertencentes a grupos econômicos.

### 2.10.1 Consolidação processual

O substitutivo esclarece que um dos objetivos da consolidação processual é a reunião dos devedores envolvidos em um mesmo processo, reduzindo os custos e aprimorando os resultados; porém, cada empresa é tratada separadamente de acordo com as seguintes características: a) empresas com controle societário comum; b) AJ comum; c) independência de ativo e passivo; d) relações separadas de credores; e) coordenação de atos processuais; e f) quórum de votação autônomo (art. 69-G a I).

A consolidação processual, no entanto, não impede que alguns devedores obtenham o benefício da RJ, enquanto outros tenham a falência decretada (art. 69-I, § 4º).

### 2.10.2 Consolidação substancial

O substitutivo prevê que, excepcionalmente e independentemente de realização da AGC, o magistrado possa, *ex officio*, autorizar a consolidação substancial de ativos e passivos dos devedores integrantes do mesmo grupo econômico que estejam em recuperação judicial sob consolidação processual, quando constatar a interconexão e a confusão entre ativos ou passivos dos devedores, de modo que não seja possível identificar a sua titularidade sem excessivo dispêndio de tempo ou recursos, cumulativamente com, no mínimo, dois dos seguintes requisitos: I – existência de garantias cruzadas; II – relação de controle ou dependência; III – identidade total ou parcial do quadro societário; e IV – atuação conjunta no mercado entre as postulantes (art. 69-J).

Na consolidação substancial, os ativos e passivos dos devedores são tratados como se pertencessem a um único devedor, mas sem impactar a garantia real de nenhum credor, exceto mediante aprovação expressa do titular, devendo os devedores apresentar um único PRJ a ser submetido à AGC, para a qual serão convocados os credores de todos os devedores envolvidos com o grupo econômico em questão, de forma que a rejeição do PRJ implicará na convalidação em falência de todos os devedores sob consolidação substancial, visando à elaboração de um PRJ consistente e inibindo a fraude.

O procedimento é compatível com o incidente de desconsideração da personalidade jurídica constante do CPC.

## 2.11 Classificação dos créditos na falência

O substitutivo alterou a classificação dos créditos na falência, passando a mesma a seguir a seguinte ordem: Art. 83. A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem: I – os créditos derivados da legislação trabalhista, limitados a cento e cinquenta salários mínimos por credor, e aqueles decorrentes de acidentes de trabalho; II – os créditos gravados com direito real de garantia até o limite do valor do bem gravado; III – os créditos tributários, independentemente da sua natureza e do tempo de constituição, excetuados os créditos extraconcursais e as multas tributárias; IV – os créditos quirografários, a saber: a) aqueles não previstos nos demais incisos deste artigo; b) os saldos dos créditos não cobertos pelo produto da alienação dos bens vinculados ao seu pagamento; e c) os saldos dos créditos derivados da legislação trabalhista que excederem o limite previsto no inciso I do *caput* deste artigo; V – os demais créditos das Fazendas Públicas inscritos em dívida ativa, ressalvados os créditos referidos no inciso VI deste artigo; VI – as multas contratuais e as penas pecuniárias por infração das leis penais ou administrativas, incluídas as multas tributárias; VII – créditos subordinados, a saber: a) os previstos em lei ou em contrato; e b) os créditos dos sócios e dos administradores sem vínculo empregatício cuja contratação não tenha observado as condições estritamente comutativas e as práticas de mercado; e VIII – os juros vencidos após a decretação da falência, conforme previsto no art. 124 desta Lei.

Percebe-se do disposto no art. 83 a ausência dos créditos dotados de privilégio geral e especial, esclarecendo o § 5º do referido dispositivo que tais créditos passarão a integrar a classe dos credores quirografários.

Quanto aos créditos extraconcursais, destacam-se os incisos I a IV, do art. 84, do substitutivo, que são inovações oriundas do PL 10.220/2018, cuja redação é a seguinte:

Art. 84. Serão considerados créditos extraconcursais e serão pagos com precedência sobre os mencionados no art. 83 desta Lei, na ordem a seguir, aqueles relativos:

I – às quantias referidas nos arts. 150 e 151 desta Lei;

II – ao valor efetivamente entregue ao devedor a título de adiantamento de financiamento de empresa em recuperação judicial a que se refere o art. 69-C desta Lei;

III – ao valor efetivamente entregue ao devedor em recuperação judicial pelo financiador, em conformidade com o disposto nos arts. 69-A e 69-B desta Lei;

IV – aos créditos em dinheiro objeto de restituição, conforme previsto no art. 86 desta Lei;

... *omissis*

## 2.12 Realização do ativo

O substitutivo altera a redação do art. 142 da LRF e passa a prever novas modalidades de alienação dos bens do devedor, desde que previstas no PRJ ou aprovadas pela AGC. Além disso, a alienação independerá da consolidação do QGC, poderá contar com serviços de terceiros, e, em caso de falência, deverá ocorrer no prazo máximo de 180 dias, não estando sujeita ao preço vil.

## 2.13 Extinção das obrigações

O encerramento e a extinção das obrigações do falido foram atualizados com a inclusão do mecanismo que permite o rápido recomeço da atuação do empresário (*fresh start*), ensejando a utilização do próprio CPF para reiniciar um novo empreendimento, definindo-se a contagem do prazo para a extinção das obrigações do falido a partir da data da decretação da quebra e não do encerramento do processo (art. 158, III).

Além disso, conforme esclarece o relatório do Deputado Hugo Leal, o termo inicial para reinício do prazo prescricional interrompido corresponde, inclusive para a Fazenda Pública, ao trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência, o que propiciará, uma vez consumada a prescrição, a extinção das inscrições em dívida, e não apenas da respectiva cobrança judicial, como ocorre atualmente em razão da omissão da legislação.

## 2.14 Insolvência transnacional

Ainda segundo o relatório do Deputado Hugo Leal, foram inseridos na LRF os arts. 167 A a Y, que disciplinam a chamada “insolvência transnacional”, matéria ausente na legislação atual (FELSBURG; CAMPANA FILHO, 2015, p. 488), de forma a incor-

porar mecanismos que possibilitem a cooperação entre juízos de diversos países, conferindo maior previsibilidade ao investidor estrangeiro no que tange às empresas transnacionais (DINIZ, 2016, p. 238), fomentando o mercado de crédito e a entrada de novas empresas no mercado brasileiro (TOMAZETTE, 2019, p. 65).

## 2.15 Contabilidade paralela

O substitutivo veda a distribuição de lucros ou dividendos a sócios e acionistas até a aprovação do PRJ, visando evitar que eles se beneficiem em um momento em que os credores estejam submetidos a restrições no recebimento de seus créditos e flertando com prováveis prejuízos (art. 6º-A).

Além disso, o substitutivo deu nova redação ao § 2º, do art. 168, da LRF, o qual trata da fraude a credores, aumentando a pena, em caso de contabilidade paralela e distribuição indevida de lucros ou dividendos, de um terço até metade se o devedor manteve ou movimentou recursos ou valores paralelamente à contabilidade exigida pela legislação.

## 2.16 Prazos

O substitutivo atualizou a redação do art. 189 da LRF destacando que, aos procedimentos previstos na referida lei, aplicar-se-á, no que couber, o CPC/2015, enquanto todos os prazos previstos serão contados em dias corridos, eliminando-se a incerteza hoje presente na forma de contagem dos prazos.

Nesse sentido, também o recentíssimo Enunciado 14 do TJSP<sup>4</sup>, cuja redação é a seguinte: “Todos os prazos previstos na Lei 11.101/2005 e no plano de recuperação judicial devem ser contados em dias corridos, contando-se em dias úteis apenas os previstos no próprio CPC, caso, em particular, dos recursais”.

O substitutivo ainda acrescentou o art. 189-A, o qual determina que todos os processos, procedimentos e recursos envolvendo empresário individual ou sociedade empresária em regime de recuperação judicial ou falência têm prioridade de tramitação sobre todas as demais demandas, excetuado o *habeas corpus* e as demais prioridades estabelecidas em leis especiais.

<sup>4</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Conheça os novos enunciados do Grupo Reservado de Direito Empresarial. Tribunal de Justiça de São Paulo. São Paulo, 10 de mar. de 2020. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=60558>>. Acesso em: 16 ago. 2020.

## 2.17 Publicidade

O substitutivo amplia a publicidade através da divulgação dos atos processuais via internet, a exemplo da publicação da relação de credores, do QGC, da AGC, etc.

Nessa direção, o AJ deverá manter sítio público eletrônico na internet para a divulgação das principais informações referentes ao tema, reduzindo-se os gastos com publicidade, pois, enquanto a redação atual do art. 191 determina que as publicações sejam feitas preferencialmente na imprensa oficial, o substitutivo propõe que as publicações, em regra, sejam feitas no sítio eletrônico próprio, no âmbito da rede mundial de computadores, dedicado à recuperação judicial e à falência, e as intimações pela notificação direta via dispositivos móveis previamente cadastrados e autorizados pelo interessado.

## 2.18 Disposições finais e transitórias

O substitutivo acrescentou o art. 193-A ao texto da LRF, o qual trata da importante questão dos derivativos, permitindo que, em decorrência do vencimento antecipado das operações compromissadas e de derivativos, os créditos e débitos delas decorrentes sejam compensados, extinguindo-se as obrigações, permitindo maior oferta de crédito bancário e proporcionando maior segurança jurídica às instituições financeiras.

## Conclusão

É evidente que, seja em função das restrições deste artigo, seja das limitações de seu autor, não é possível abordar todas as alterações legislativas sugeridas pelo substitutivo. No entanto, ainda que sinteticamente, o autor buscou trazer a lume as mais importantes.

De qualquer forma, conclui-se que as alterações propostas sugerem um aprimoramento positivo da atual redação da LRF, passando a mesma a estar em sintonia com a realidade pretoriana, trazendo maior segurança jurídica aos advogados quanto à contagem dos prazos processuais, determinando o parcelamento do crédito fiscal, limitando a duração do processo, atualizando a RJ com as modernas ferramentas tecnológicas, razão pela qual se aguarda que, se aprovado, o substitutivo permita a manutenção das atividades empresariais, com a consequente geração de emprego e renda que o país tanto necessita.

## Referências

- ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação de empresa**. 27. ed., rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 6.229-B, de 2005. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?sessionid=6327B181451F30F5711AA596DDDBE36D.proposicoesWebExterno2?codteor=1854076&filename=Avulso+PL+6229/2005](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?sessionid=6327B181451F30F5711AA596DDDBE36D.proposicoesWebExterno2?codteor=1854076&filename=Avulso+PL+6229/2005)>. Acesso em: 16 ago. 2020.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Conheça os novos enunciados do Grupo Reservado de Direito Empresarial. Tribunal de Justiça de São Paulo. São Paulo, 10 de mar. de 2020. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=60558>>. Acesso em: 16 ago. 2020.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_301\\_350.html#SUM-331](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331)>. Acesso em: 16 ago. 2020.
- DINIZ, Gustavo Saad. **Grupos societários: da formação à falência**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de Falência e Recuperação de Empresas**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- FELSBERG, Thomas Benes; CAMPANA FILHO, Paulo Fernando. **A recuperação judicial de sociedades sediadas no exterior: as lições da experiência estrangeira e os desenvolvimentos no Brasil**. In: CERZETTI, Sheila C. Neder; MAFFIOLETTI, Emanuelle Urbano (Coord.) **Dez anos da Lei nº. 11.101/2005: estudos sobre a lei de recuperação e falência**. São Paulo: Almedina, 2015.
- LUCCA, César de. Gargalos Tributários da Recuperação Judicial. Dissertação apresentada à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas como requisito para obtenção do título de mestre em Direito. Fonte: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/28549/C%C3%A9sar%20de%20Lucca%20-%20Gargalos%20tribut%C3%A1rios%20da%20recupera%C3%A7%C3%A3o%20judicial.pdf>>. Acesso em: 08 mar. 2020.
- PACHECO, José da Silva. **Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas**. 7. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 3.





# **Ação rescisória e precedente judicial: pontos de contato**

**Fernando Vieira Luiz**

*Juiz de Direito TJSC*

*Juiz Instrutor do Superior Tribunal de Justiça*

*Doutor em Direito (UFSC)*

*LLM University of Connecticut School of Law (Honors)*

*Mestre em Direito Público (Unesa)*

**Marina de Oliveira de Vasconcellos Luiz**

*Advogada em Santa Catarina*

*Pós-Graduada em Direito Penal e Processo Penal*

*pela Escola do Ministério Público de*

*Santa Catarina (UNIVALI)*

## **RESUMO**

O presente artigo objetiva discutir a ação rescisória sob a ótica dos precedentes judiciais, sobretudo analisar como a matéria é enfrentada na academia e pelos tribunais superiores. Não se pretende, aqui, exaurir qualquer aspecto a ela relativo nem tampouco apresentar todos os pontos de destaque que a ação rescisória mereceria. O objetivo é singelo, apesar de desafiador. Espera-se tão somente delinear a ligação desse tipo de ação com o estudo do direito jurisprudencial, qual seja, verificar a importância que detêm certos pronunciamentos judiciais para a propositura, conhecimento e julgamento da ação rescisória.

Palavras-chave: Ação Rescisória. Precedentes Judiciais. Direito Jurisprudencial. Pronunciamentos Judiciais.

## **ABSTRACT**

This article discusses the role of precedents in the action for annulment of judgment, especially to analyze how both academia and courts examine the matter. This goal is simple, although challenging. We delineate the connection of this kind of action with the study of judge-made law in order to verify the importance of certain judicial opinions the action filling and judgment.

Keywords: Action for annulment of judgment. Precedent. Judge-made law. Legal opinion.

## Introdução

A realização deste estudo deve-se à relevância do assunto e à tendência, cada vez maior, de observar e preservar a integridade dos precedentes judiciais. Tal mudança gera impactos não apenas na forma de julgar, mas também naqueles que procuram o Poder Judiciário para a resolução de conflitos, como ocorre com a atuação dos advogados em geral e os da Caixa Econômica Federal (CAIXA) em especial.

O estudo da ação rescisória é complexo. Há uma série de questões que suscitam, desde há muito, uma infinidade de discussões doutrinárias, acompanhadas por uma prática judicial, muitas vezes, dissonante da academia. Para o cumprimento de tal estudo, analisar-se-á especificamente a nova hipótese de cabimento elencada no art. 966, V, do CPC/15: a possibilidade de propositura da ação rescisória por violação manifesta de norma jurídica. Além disso, também se estudará a regra do § 5º do art. 966 do CPC/15, que diz ser cabível a rescisória “contra decisão baseada em enunciado de súmula ou acórdão proferido em julgamento de casos repetitivos que não tenha considerado a existência de distinção entre a questão discutida no processo e o padrão decisório que lhe deu fundamento”. Por fim, também será abordado o cabimento da rescisória por ulterior declaração de inconstitucionalidade da norma em que se baseou a decisão de mérito (art. 525, § 15, do CPC/15), especialmente a proferida contra a Fazenda Pública (art. 535, § 8º, do CPC/15).

### 1 A ação rescisória e as mudanças advindas com o CPC/15

Em verdade, a alteração já se inicia pelo próprio *caput* do art. 966 do CPC/15, onde, no código revogado, constava sentença, a atual codificação trata da decisão de mérito. Poder-se-ia argumentar que a nova redação em nada altera o *core* do instituto; contudo, trata-se de uma conclusão apressada. Na verdade, há uma grande inovação, na medida em que, agora, a rescisória pode ter por objeto a decisão parcial de mérito (art. 356 do CPC/15) ou outras até então não rescindíveis, como a que põe fim à liquidação, as que, apesar de não serem de mérito, impossibilitam a repositura da ação (como a que extingue o processo por considerar o autor parte ilegítima) ou mesmo algumas decisões que não transitam em julgado, como a que inadmite recurso (ARRUDA ALVIM, 2016, p. 617-619). Por isso, afirma-se que podem ser objeto as decisões que, “tendo adqui-

rido estabilidade processual, impeçam nova propositura da demanda” (MEDINA, 2017, p. 1397). Donizetti admite “até o ajuizamento de ação rescisória de julgamento proferido em anterior ação rescisória” (DONIZETTI, 2017, p. 1246).

Nem toda decisão, entretanto, torna-se rescindível. A rescisão é medida excepcional, e suas hipóteses de cabimento são tão somente as legalmente previstas (*numerus clausus*). Portanto, via de regra, necessitará que se trate de decisão de mérito, que produza coisa julgada material. Sobre o assunto, já decidiu o Supremo Tribunal Federal (STF), na vigência do novo Código, que a decisão de suspensão de segurança não pode ser objeto de ação rescisória<sup>1</sup>, porque se trata de medida de natureza cautelar que não adentra o mérito, não dirime a relação de direito material debatida, porquanto, concentra-se exclusivamente na análise das circunstâncias que permitem a suspensão (aquelas elencadas no art. 15 da Lei nº 12.016/09). Pela natureza cautelar que ostenta, não está apta a produzir coisa julgada material, e, nesse particular, “não há como enquadrar a decisão rescindenda no *caput* do art. 966 do CPC/2015”<sup>2</sup>.

É importante frisar, ainda, que, se a decisão rescindenda já tiver analisado a questão debatida, ou seja, já tiver se manifestado sobre a norma jurídica que se alega violada, não será o caso de admissão da ação rescisória, eis que ela não se presta à simples rediscussão da matéria decidida. Sob a égide do novo Código, o STF já reiterou que “a ação rescisória é via processual inadequada à mera rediscussão de questões já expressa e fundamentadamente enfrentadas no julgamento rescindendo”<sup>3</sup>, nem faz as vezes de revisão criminal<sup>4</sup>, tampouco caberá, quando a decisão seguir a interpretação dada pela própria Corte à norma que se diz violada<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AR 2536 AgR*. Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julg. em 30/09/2016, DJe-222, divulg. 18/10/2016, public. 19/10/2016.

<sup>2</sup> *Ibid.*, *loc. cit.*

<sup>3</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AR 2594 AgR*. Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julg. em 19/05/2017, DJe-124, divulg. 09/06/2017, public. 12/06/2017.

<sup>4</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AR 2523 AgR*. Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julg. em 05/05/2017, DJe-104, divulg. 18/05/2017, public. 19-05-2017.

<sup>5</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AR 2564 AgR*. Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julg. em 09/11/2016, DJe-251, divulg. 24/11/2016, public. 25/11/2016.

Tratando das hipóteses de cabimento que convêm à presente pesquisa, mais especificamente a do art. 966, V, do CPC/15, pode-se vislumbrar alteração substancial do texto legal, se comparado ao antigo art. 485, V, do CPC/73. Neste, constava ser rescindível a sentença que “violar literal disposição de lei”. Agora, em uma redação mais flexível que, por si, já joga novas luzes à matéria, diz ser passível de rescisão a decisão de mérito que “violar manifestamente norma jurídica”. Poder-se-ia questionar se a mudança de redação importa necessariamente em alguma séria alteração ou um alargamento da hipótese de cabimento em questão. A resposta, neste particular, seria positiva. Como sustenta Teresa Arruda Alvim, “a mudança desta regra é relevante e, evidentemente, não se limita à redação” (ARRUDA ALVIM, 2016a, p. 620).

Primeiro, a exclusão do vocábulo “literal” representa um anseio da doutrina, que, há tempos, criticava o seu uso, por tratar-se de uma reminiscência de um atrasado norte teórico que tomava os textos das leis “em si mesmos e isoladamente considerados” (ARRUDA ALVIM, 2001, p. 263). Por certo, nenhuma aplicação é literal. Desde a distinção entre texto e norma, não se mostra viável que um texto seja aplicado na sua literalidade. Necessariamente, haverá a intermediação do intérprete, que construirá a norma a partir do texto, na fusão de horizontes deste e daquele, portanto, na sua literalidade, o texto nada significa. Passará a sê-lo a partir da norma que dele deriva, logo o texto só se materializa na *applicatio* enquanto norma. A norma, por seu turno, só existe na expressão do texto que lhe dá suporte. Há, portanto, uma diferença ontológica entre um e outro, que impede a existência isolada de qualquer um deles.

Há de se perquirir, também, quando a violação à norma jurídica é manifesta. O vocábulo substituiu a “literalidade” antes prevista. Se esta se apresentava problemática, aquela também suscitava dúvidas. Didier Jr. e Cunha propõem que será manifesta a violação que puder ser demonstrada de pronto, com prova pré-constituída juntada pelo autor (DIDIER JR.; CUNHA, 2017, p. 566). Em outras palavras, seria manifesta, porque a produção da prova é exclusivamente documental, não dependeria de dilação probatória. Logo, relaciona-se com a forma que se revela no mundo, e não com alguma característica intrínseca que carrega, de conteúdo. Por isso, concluem os dois autores que, “se a alegação de violação puder ser comprovada pela prova juntada aos autos com a petição inicial, cabe a ação rescisória com base no inciso V do art. 966; se houver necessidade de dilação

probatória, então, essa rescisória é inadmissível” (DIDIER JR.; CUNHA, 2017, p. 566).

Verifica-se, portanto, que não se trata de uma característica peculiar ao conteúdo do vocábulo “manifestamente”; antes, como ressaltado, trata-se da maneira pela qual se exterioriza, que surge no mundo dos fatos. Diz respeito à produção probatória, mais especificamente, a forma como se irá reconstruir a realidade, portanto, é critério exclusivamente formal. Nesse ponto, no entanto, a posição dos autores mostra-se contraditória com o restante da argumentação por eles despendida, na medida em que passam a analisar justamente a importância do conteúdo do conceito de “manifestamente” ao cabimento da rescisória, afirmando que ocorre a manifesta violação quando for conferida “uma interpretação sem qualquer razoabilidade ao texto normativo” (DIDIER JR.; CUNHA, 2017, p. 566) ou uma “interpretação incoerente e sem integridade com o ordenamento jurídico” (DIDIER JR.; CUNHA, 2017, p. 566). Enfim, reavivam, de certa forma, a “literalidade” quando se referem à decisão *contra legem*, que desatende ao “próprio texto, sem qualquer razoabilidade” (DIDIER JR.; CUNHA, 2017, p. 567). Relacionando o termo “manifestamente” com sua substância, dizem os autores que se aplica à nova codificação, com algumas restrições, a Súmula nº 343 do STF, a qual trata da interpretação controvertida da norma jurídica.

Ora, ou bem o termo “manifestamente” refere-se à forma, ou bem ao conteúdo. A interpretação dada à norma poderá ser esdrúxula e, ao mesmo tempo, depender, em tese, de alguma outra prova que não a documental. O que fazer em tal situação? Não haverá resposta na posição dos autores. Ao mesmo tempo que a rescisória seria cabível pela patente inobservância da norma, na sua interpretação sem qualquer razoabilidade, será também incabível, por não depender exclusivamente de prova pré-constituída. Embora o controle posterior de interpretação dada à norma em processo anterior dependa, em regra, da mera juntada de cópia dos autos em que se desenvolveu a ação, não se pode vincular o grau da violação pela forma que ela possa ser comprovada. É descabida, portanto, a sugestão dos autores em ver, no termo “manifestamente”, um mero meio de produção da prova; antes, relaciona-se com o conteúdo, justamente para atacar a decisão anterior transitada em julgado que viole a norma jurídica de maneira incontestável. A decisão rescindenda (ou a interpretação dada à norma), portanto, deve ser visivelmente inapropriada a qualquer intérprete. Trata-se de uma ostensiva

má aplicação do direito, independentemente da forma pela qual será ela provada.

Assim como a expressão “literalidade” já havia sido abrangida pela jurisprudência, que entendia ser uma violação do “direito em tese”, ao “correto sentido da norma jurídica”<sup>6</sup>, o vocábulo “manifestamente” deve seguir o mesmo temperar e ser compreendido de modo flexível, abarcando as violações que neguem o direito, tal como estabelecido no momento da tomada de decisão.

Segundo, a alteração de “lei” para “norma jurídica” acarreta uma grande modificação dos *standards* legais que se capacitam a fundamentar a ação rescisória. Entendia-se que o vocábulo “lei” compreendia seu aspecto formal, expressado na Constituição (e suas Emendas) e nos atos legislativos contidos no art. 59 da CF (leis complementares, ordinárias, delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções), além da legislação estadual e municipal, mas pressupunha-se a existência de uma violação “frontal e direta”<sup>7</sup> ao dispositivo legal indicado. Contudo, agora, a expressão norma jurídica amplia as possibilidades de cabimento, uma vez que não se circunscreve tão somente à lei em sentido formal, mas, de igual sorte, àqueles parâmetros que apresentam normatividade dentro de um sistema jurídico.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) parece não ter recebido essa alteração com a profundidade que ela merece. Apesar da modificação de texto, trata o art. 966, V, do CPC/15 como análogo do art. 485, V, do CPC/73, ao sustentar que “a violação à lei, para justificar a procedência da demanda rescisória, nos termos do art. 966, V, do CPC/2015, deve ser de tal modo evidente que afronte o dispositivo legal em sua literalidade”<sup>8</sup>. Esquece-se a Corte de que o cabimento não se volta nem à lei, e pretensa violação sequer necessita ser literal. Observa-se um déficit hermenêutico na postura do STJ. Trata a Corte o novo com os olhos do velho, tornando-o igualmente velho. No mesmo julgamento, reiterou-se a Súmula nº 343 do STF<sup>9</sup>, confirmando sua

<sup>6</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 935.874/SP*. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Corte Especial, julg. em 17/06/2009, DJe 14/09/2009.

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AR 1198*. Rel. Min. Djaci Falcão, Tribunal Pleno, julg. em 23/03/1988, DJ 17/06/1988, p. 15251.

<sup>8</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1664643/RS*. Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julg. em 18/05/2017, DJe 20/06/2017.

<sup>9</sup> STF, Súmula nº 343. Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais.

compatibilidade com as disposições do CPC/15 em relação à ação rescisória.

Questiona-se se outros *standards* poderão se qualificar como normas jurídicas para cabimento da ação rescisória. Na vigência da codificação anterior, a resposta era demasiadamente restritiva. A maior parte das decisões exigia a existência de uma lei em sentido formal, que deveria ser afrontada em sua literalidade, que fosse desrespeitada a única interpretação possível do dispositivo, o que significava a inexistência de disputa de sua correta exegese. Poucos eram os precedentes que admitiam alargar o conceito de lei, para o cumprimento do art. 485, V, do CPC/73. Exemplo corajoso dessa interpretação ampla ocorreu no STJ, em acórdão que expandiu o conceito de lei, para nele incluir a violação aos princípios (escritos ou não) ou mesmo aos costumes, possibilitando a propositura da ação rescisória em tais situações<sup>10</sup>.

Se a medida já foi admitida na égide do CPC/73, com muito mais razão deve-se adotá-la na vigência do CPC/15. Assim, qualificar-se-ão, para tanto, os princípios jurídicos, ainda que não escritos (ARRUDA ALVIM, 2016a, p. 621). Apesar de se disputar muito, na doutrina constitucional, o próprio conceito de princípio, se é que há algum<sup>11</sup>, remete-se, sempre, a um elemento normativo. Princípio é norma jurídica, independentemente da teoria-base adotada (hermenêutica, procedimentalista, garantista, entre outras). Larga-se mão da visão de princípios como meros valores (morais), e a eles se atribui força normativa (LUIZ, 2013, p. 68), sobretudo para maximizarem os direitos fundamentais (VASCONCELLOS, 2015, p. 42). Nesse particular, não há qualquer dúvida de que os princípios jurídicos servem, tanto quanto regras, a justificar a propositura da ação rescisória com base no art. 966, V, do CPC/15.

Didier Jr. e Cunha distinguem as normas gerais das individuais, ressaltando que apenas a violação daquelas pode justificar a propositura da rescisória. Entretanto, afirmam que qualquer norma geral pode embasar o pedido de rescisão., Não há dúvidas, também, de que a “norma jurídica” expressa no art. 966 do CPC/15 não se refere à lei formal, ou seja, ao lado da-

<sup>10</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AR 822/SP. Rel. Min. Franciulli Netto, Primeira Seção, julg. em 26/04/2000, DJ 28/08/2000, p. 50.

<sup>11</sup> OLIVEIRA, 2008, p. 241. Conclui o autor, na sua busca pela significação dos princípios jurídicos, que não se apresentam eles como um conceito pré-dado, estático; antes, “a dificuldade e profundidade do problema serve de indício para que ainda nos encontremos inseguros sobre sua definição.”



quelas hipóteses já pacíficas de cabimento (art. 59 da CF); adem-se, na visão dos autores, normas de origem costumeira, regimentais, administrativas, internacionais, dentre outras, podendo se tratar de direito material ou processual (DIDIER JR.; CUNHA, 2017, p. 559).

A questão que se põe é saber se a violação de uma “norma jurídica” judicialmente criada pode servir de gatilho à propositura da ação rescisória. A resposta varia bastante na doutrina, havendo certa propensão em se admitir o cabimento, quando desrespeitado algum dos pronunciamentos judiciais elencados no art. 927 do CPC/15. Nesse passo, parece predominar a visão de que “decisão que viola manifestamente precedente obrigatório (art. 927, CPC) também é rescindível” (DIDIER JR.; CUNHA, 2017, p. 559). A resposta à questão, porém, não se mostra adequada. Isso porque, em que pese o disposto no art. 927 do CPC/15, a lei ordinária não pode estabelecer novos casos de vinculação a pronunciamentos judiciais. Desse modo, deve ser lido o dispositivo de forma a se compatibilizar com a CF e, , respeitar que somente os provimentos nela previstos (art. 102, § 2º e 103-A) são vinculantes, o que não afasta, contudo, a possibilidade de a legislação eleger outros elementos como *standards* à rescisão da sentença. A observância exigida pelo art. 927 do CPC/15, assim, deve ser compreendida como o dever de o magistrado não ignorar, no momento da decisão, os pronunciamentos judiciais lá estipulados, levando-os em consideração. Acarreta, ao final, o dever do juiz em chamá-lo ao debate, caso as partes assim não tenham feito.

Observa-se, portanto, que não podem basear o manejo da rescisória todas as decisões descritas no art. 927 do CPC/15. Ao contrário, isso só ocorrerá com aquelas que expressamente a legislação apontar como utilizáveis à rescisão. Isso inclui, por certo, alguns dos pronunciamentos judiciais elencados no citado dispositivo, mas não sua integralidade. Não há dúvidas, nesse sentido, de que as decisões que detêm caráter normativo, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, caracterizarão possibilidades de rescisão da sentença. Junto delas constam os *standards* elencados no art. 966, § 5º, do CPC/15. Sendo assim, também possibilitará o manejo da rescisória — por conta desse dispositivo, e não do art. 927 do CPC/15 — os enunciados de súmula (vinculantes ou não) e decisões provenientes de julgamento de casos repetitivos (IRDR, recursos especial e extraordinário repetitivos). Poder-se-ia dizer que o art. 966, § 5º, do CPC/15 exige a má aplicação de um critério decisório, eis que não pro-



cedida à distinção. Todavia, se a aplicação indevida é causa de rescisão, será também a não aplicação errônea.

## **2 Ação rescisória e a inexigibilidade de pagamento de quantia certa por inconstitucionalidade superveniente**

Sobre a violação às decisões em controle concentrado de constitucionalidade, o CPC/15 prevê o cabimento da rescisória nas hipóteses de seus art. 525, § 15 e art. 535, § 8º. As situações são análogas, tratando a segunda delas sobre a Fazenda Pública, razão pela qual se procede conjuntamente à análise dos citados dispositivos. Tratam eles do cumprimento de sentença que tenha se sustentado em norma jurídica declarada inconstitucional pelo STF (art. 525, § 12, e art. 535, § 5º). Considera-se inexigível o título judicial, quando a inconstitucionalidade tenha sido reconhecida antes do trânsito em julgado da decisão que se baseou em tal norma jurídica (art. 525, § 14, e art. 535, § 7º), salvo se ocorrer a modulação de efeitos (art. 525, § 13, e art. 535, § 6º), não se aplicando os efeitos da declaração à situação do processo. Entretanto, ocorrendo o trânsito em julgado da decisão que se baseie em norma declarada inconstitucional, abre-se o biênio destinado à propositura da rescisória, contado a partir do trânsito em julgado da decisão proferida pelo STF, a qual culminou na declaração de inconstitucionalidade.

Cumprе ressaltar, porém, que as hipóteses descritas no art. 525, § 15 e art. 535, § 8º, ambos do CPC/15, não se confundem com aquela contida no art. 966, V, do CPC/15. Há uma mudança fundamental na contagem do prazo deste e daquelas. Enquanto no caso de inconstitucionalidade superveniente ao trânsito, o biênio iniciará com o trânsito em julgado da decisão do STF, que reconheceu a inconstitucionalidade. No caso do art. 966, V, do CPC/15, o prazo fluirá a partir do trânsito da própria decisão, que, pretensamente, tenha violado manifestamente a norma jurídica indicada.

A questão é se existiriam dois momentos à propositura da rescisória.: o primeiro biênio, a contar do trânsito em julgado da decisão, e o segundo, caso o STF declare a inconstitucionalidade da norma em que se baseie o ato judicial. Nery Jr. e Nery entendem que é inviável a dupla oportunidade e, assim, ocorrendo a decadência na utilização da rescisória no primeiro momento, não há a possibilidade de propositura por declaração superveniente de inconstitucionalidade. Aduzem que, "extinta a pretensão pela decadência, não pode renascer. Entendimento diverso ofende-

ria o princípio constitucional da segurança jurídica e a garantia fundamental da intangibilidade da coisa julgada” (NERY JR, 2019, p. 1.348).

Também será viável a rescisória em relação ao controle concentrado de constitucionalidade efetuado pelo Estado-Membro em face de sua Constituição estadual. Logo, se houver a declaração de uma lei estadual ou municipal que tenha servido de base à decisão rescindenda, salvo modulação de efeitos, haverá a inexistência da própria decisão. Ainda que a inexistência possa ser atacada pela ação declaratória, é viável expandir a possibilidade de rescisória, em aplicação analógica dos art. 525, § 15, e art. 535, § 8º, ambos do CPC/15. Logo, se, e somente se, “a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados” for tomada em controle concentrado de constitucionalidade por Tribunal de Justiça, poder-se-á falar em cabimento de rescisória (art. 966, V, do CPC/15), com base no art. 927, V, do CPC/15.

No que toca à súmula vinculante, não há maiores dúvidas do cabimento da rescisória, caso a decisão rescindenda a tenha violado manifestamente. A súmula vinculante é ato normativo, de caráter geral e abstrato, a todos oponível. Dada sua natureza ímpar dentro do ordenamento jurídico, ela “deve ser respeitada, sob pena de a decisão, que dela se afasta, ser impugnada por ação rescisória” (ARRUDA ALVIM, 2016a, p. 622). Assim, até que ocorra o trânsito em julgado, o descumprimento à súmula vinculante pode ser combatido por meio da reclamação, após o trânsito, pela ação rescisória. Somente ultrapassado o biênio decadencial (art. 975 do CPC/15) é que a decisão que descumpra súmula vinculante não será impugnável por qualquer forma, prevalecendo a coisa julgada criada, salvo eventual procedência de uma futura *querela nullitatis insanabilis*.<sup>12</sup>

Já em relação às súmulas persuasivas (não vinculantes), a resposta é dúbia. Tais súmulas não se qualificavam como violação à lei, exigido pelo art. 485 do CPC/73, ainda que se trate de enunciados do STJ<sup>13</sup> ou do STF<sup>14</sup>. É bem verdade que, de forma

<sup>12</sup> MEDINA, 2017, p. 1401. Medina defende a fungibilidade entre a ação rescisória e a *querela nullitatis insanabilis*, justificando que, “embora adequado o caminho da ação declaratória, deve-se admitir a ação rescisória, pois, no mínimo, terá havido violação manifesta à norma jurídica, ao se proferir decisão contra o réu não citado”.

<sup>13</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AR 1.027/SP. Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, julg. em 27/06/2007, DJ 06/08/2007, p. 457; BRASIL.

excepcional (como um ponto fora da curva), o STJ admitiu que a violação à súmula por ele estabelecida por decisão de mérito transitada em julgado pode servir de fundamento à ação rescisória<sup>15</sup>; porém, a posição majoritária compreendia entendimento diverso. Especialmente no âmbito do STF, dispunha que, “por mais que se conceda uma interpretação ampla à expressão ‘disposição de lei’, tal categoria não alcança as súmulas editadas por este Tribunal, já que não se trata de ato normativo”.

Acredita-se que os Tribunais Superiores manter-se-ão resistentes à admissão da súmula não vinculante como critério autorizador da rescisão; contudo, tendo em vista o contido no art. 966, § 5º, do CPC/15, dever-se-ia revisitar a questão, superando-se o entendimento anterior. Ainda que não formalmente vinculante, há a eleição do legislador, na sua liberdade de conformação, da súmula como expediente que autoriza o manejo da ação rescisória, não havendo inconstitucionalidade nesse particular. Há a possibilidade, também, do manejo da ação rescisória, no caso de existir súmula sobre o assunto, quando a parte sustentar seu pedido (tiver como causa de pedir) na violação a lei ou a ato normativo a que se remete o enunciado sumular; entretanto, nesse caso, a afronta seria à lei, e não necessariamente à súmula.

O mesmo entendimento explanado sobre as súmulas persuasivas aplica-se à decisão do IRDR, IAC ou dos recursos especial e extraordinários repetitivos, porque, apesar de não serem “precedentes formalmente vinculantes”, a legislação alçou-os como critério de cabimento da rescisória, assim, é igualmente cabível a rescisória, por expressa autorização legislativa. Deve-se entender que a rescisória é medida extrema e excepcional. Diante disso, as hipóteses de cabimento devem ser interpretadas restri-

---

Superior Tribunal de Justiça. *REsp 154.924/DF*. Rel. Min. Jorge Scartezini, Quinta Turma, julg. em 02/08/2001, DJ 29/10/2001, p. 234; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AR 433/SP*. Rel. Min. Demócrito Reinaldo, Primeira Seção, julg. em 31/10/1995, DJ 11/12/1995, p. 43164.

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AR 2444 AgR*. Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julg. em 11/06/2015, DJe-126, divulg. 29/06/2015, public. 30/06/2015; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AR 1212*. Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julg. em 03/09/1987, DJ 02/10/1987, p. 21.144; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AR 1049*. Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julg. em 09/02/1983, DJ 27/05/1983, p. 7532; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AR 1197*. Rel. Min. Cordeiro Guerra, Tribunal Pleno, julg. em 19/02/1986, DJ 14-03-1986, p. 3384.

<sup>15</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1163267/RS*. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julg. em 19/09/2013, DJe 10/12/2013.

tivamente; no entanto, isso não afasta a liberdade do legislador em estabelecer este ou aquele critério como suficiente à propositura da ação, desde que não incorra em inconstitucionalidade.

Cramer lança duas interessantes questões sobre o uso da ação rescisória com base em precedentes. A primeira delas “é se uma sentença proferida com base num precedente e transitada em julgado pode ser objeto de ação rescisória, se este precedente for superado por outro” (CRAMER, 2016, p. 171). A segunda trata da “possibilidade de rescisão da sentença transitada em julgado que violou um precedente vinculante” (CRAMER, 2016, p. 171). O autor responde afirmativamente a ambas as questões.

Frisa, em relação à primeira, que o art. 966, V, do CPC/15, é exigência que se dirige ao julgador da rescisória, que deverá analisar, à luz do novo precedente, a ocorrência ou não de violação manifesta à norma jurídica (CRAMER, 2016, p. 171). Acredita o autor que a evolução do entendimento jurisprudencial segue uma linha de melhoramento, de aprimoramento do sistema. Cada nova interpretação é superior à anterior, por isso representa a possibilidade de uma melhor solução, de uma decisão mais justa. Nesse passo, deve-se privilegiar o novo precedente, o qual será, sempre, qualitativamente melhor que o anterior. Os eventuais problemas relativos à segurança jurídica são relevados, em razão de uma solução mais justa.

Sobre a segunda questão, sustenta ser viável a ação rescisória, “caso uma sentença transitada em julgado deixe de aplicar um precedente vinculante” (CRAMER, 2016, p. 175). Afirma, porém, que, na verdade, a ação será manejada contra a norma jurídica forjada pelo precedente vinculante, e não com base no precedente em si. Em que pese entender, aqui, que tal distinção entre o precedente e a norma dele extraída seja de menor importância, concorda-se com o autor, sem maiores dificuldades, sobre o cabimento da rescisória por violação manifesta de pronunciamento judicial vinculante. É bem verdade que não há concordância entre o que se defende no presente artigo e a visão do citado autor sobre quais são os precedentes vinculantes. Contudo, naquilo em que há sintonia (incisos I, II e, em parte, o V, do art. 927 do CPC/15, além das hipóteses do art. 966, § 5º, do CPC/15), pode-se dizer que se divide a ideia de ser cabível a rescisória.

Em que pese a concordância com essa segunda questão posta, deve-se rejeitar completamente a resposta dada pelo autor à primeira indagação. Se a *ratio decidendi* é uma norma jurídica que possibilita a propositura da ação rescisória em caso de viola-

ção manifesta, também o será para aplicação das regras de direito intertemporal. Deve-se lembrar que as regras do direito transitório não são específicas do Processo Civil; antes, tratam da teoria geral do direito, sendo que há certa maleabilidade conferida ao legislador, a depender da matéria a ser regada.

Tanto é assim que o CPC/15 prevê regras distintas entre si, por isso existem normas de direito intertemporal, as quais, em geral, determinam a aplicação imediata da lei nova (art. 14 e art. 1.046, *caput*, ambos do CPC/15), outras que requerem a unidade processual, com a ultra-atividade da lei antiga para ações pendentes e não sentenciadas (art. 1.046, § 1º, do CPC/15), ou mesmo para algumas ainda não propostas (art. 1.052 do CPC/15). Do mesmo modo, outras codificações dão formas variadas às normas próprias de direito transitório. Basta lembrar a regra de transição sobre a contagem de prazos do art. 2.028 do Código Civil, que, quando da entrada em vigor da então nova legislação, causou ferrenhos debates acadêmicos, sobretudo em relação aos prazos prescricionais.

Por maior que seja a liberdade de conformação do legislador, entretanto, há algumas regras duras, que não se permitem transpor, sendo que a mais fundamental é a da vedação da retroatividade. A regra geral, seja qual for o ramo do direito estudado, é o da proibição da aplicação retroativa da nova norma. Trata-se de decorrência lógica da intangibilidade do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CF). Por isso, “se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva”<sup>16</sup>. Em situações especialíssimas, autoriza-se a retroação, como na que beneficie o réu, no direito penal (art. 5º, XL, da CF). Todavia, ao que toca à jurisdição cível, em geral, não é viável a aplicação retroativa da lei processual (art. 14 do CPC/15) ou material.

Assim, a superação de um precedente por outro posterior é análoga à sucessão de leis no tempo, merecendo os mesmos temperamentos, porque se tratam ambos de normas jurídicas, e, por isso, a violação manifesta permite a utilização da rescisória. Tratando-se de norma jurídica, não fica o precedente (ou a aplicação da norma que dele deriva, sua *ratio*) indene, em geral, às regras de direito intertemporal e, em específico, ao princípio da

<sup>16</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 493. Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julg. em 25/06/1992, DJ 04/09/1992, p. 14.089.

não retroatividade. Dessa maneira, se a sentença é proferida com base em um determinado precedente, cujo entendimento, depois do trânsito em julgado, acaba por ser superado por outro, não caberá a ação rescisória, visto que se trataria de aplicação retroativa da norma jurídica nova a uma situação que se iniciou e se findou na égide da norma anterior<sup>17</sup>. Não restaria outra solução senão respeitar a coisa julgada.

Pode-se afirmar, assim, que a superação de precedentes terá, em regra, uma eficácia prospectiva, aplicar-se-á dali em diante, a casos futuros, não podendo incidir nos anteriores a própria modificação estabelecida pelo novo precedente. Isso é o que ocorre, por exemplo, no processo administrativo, podendo-se, aqui, aplicar-se a mesma lógica, para responder ao questionamento de Cramer. O art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei nº 9.784/99 dispõe que, no processo administrativo, a interpretação da norma administrativa deverá ser efetuada “da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada a aplicação retroativa da nova interpretação”.

Há, aí, duas regras distintas. A primeira, trata da finalidade almejada na interpretação das normas administrativas. A segunda, diz respeito à vedação da aplicação retroativa de nova interpretação. Eventual mudança de entendimento, como ocorre na superação de precedentes, valerá apenas e tão somente às situações jurídicas posteriores à própria alteração. Ao comentar o art. 2º, parágrafo único, XIII, da Lei nº 9.784/99, Carvalho sustenta que “a nova interpretação equivale à edição de uma nova norma jurídica. (...), está ele [o dispositivo legal citado] a estabelecer que a superação de um determinado precedente terá eficácia prospectiva pura (...)” (CARVALHO, 2015, p. 143). Ademais, dependerá também do próprio direito discutido, eis que, a depender do ramo, aplicar-se-ão regras próprias do direito intertemporal.

Não se pode sequer cogitar que o art. 525, § 15 e o art. 535, § 8º, ambos do CPC/15, servem para avaliar a possibilidade da rescisória em virtude do surgimento de precedente posterior à coisa julgada que supera o anterior, porque os efeitos da declaração de inconstitucionalidade diferem, em muito, de uma su-

<sup>17</sup> MELO, 2010, p. 142. “Se a norma opera para o futuro, apanhando os atos a serem praticados, a norma jurídica concreta embutida no precedente uniformizador, que resolve uma dúvida da lei processual, também haverá de respeitar os atos praticados sob o império das interpretações duvidosas do passado.”

peração. Nesta, altera-se a norma jurídica, troca-se a antiga por outra nova, de conteúdo distinto. Na declaração de inconstitucionalidade, ao contrário, nada se troca, somente se expurga do ordenamento a norma jurídica ofensora da ordem constitucional. Suprime-se a norma jurídica, sem lhe colocar outra no lugar. Simplesmente, há a “nadificação” do texto (STRECK, 2014, p. 881). Isso atinge a decisão que nele se baseou, porque se considera que nunca houve dita norma jurídica no ordenamento. Como não se pode aplicar aquilo que é inexistente, possibilita-se, extraordinariamente, a rescisória em tal caso; porém, o mesmo fato não ocorre na simples alteração de entendimento. A norma anterior, porque existente, válida e eficaz no momento de sua aplicação, não é “nadificada” pela superação. Deteve ela, portanto, condições de surtir efeitos, logo deve ser respeitada no período de tempo de sua vigência. Entendimento contrário conferiria à superação os mesmos efeitos de uma decisão de declaração de inconstitucionalidade, o que não era apropriado.

Mesmo não havendo um precedente que estabeleça, de forma clara, qual é o direito vigente no momento da sentença, principalmente pela existência de divergência jurisprudencial sobre o assunto, o trânsito em julgado sepulta a questão, tornando-a imutável, mesmo que, supervenientemente, estabeleça-se norte seguro para a matéria versada por meio de uma decisão vinculante. Em hipótese contrária, ter-se-ia, igualmente, uma aplicação retroativa da norma jurídica criada posteriormente ao próprio julgamento do caso. Por isso, diferentemente do que defendem Didier Jr. e Cunha (2017, p. 567), não se abre a possibilidade de rescisória de decisão que foi tomada em meio à divergência jurisprudencial, mesmo quando após o trânsito seja formado um precedente vinculante. A atitude a se verificar é se o juiz sentenciante, com as fontes jurídicas que possuía no momento da decisão, violou manifestamente uma norma que compunha, à época, o ordenamento jurídico. Em outras palavras, deve-se analisar se, na condição em que estava o magistrado no momento do julgamento, cometeu ele uma irrefutável transgressão do que exigia o próprio direito vigente, se houve afronta indiscutível ao *good law* daquele momento. Alterações posteriores no direito, seja por via legislativa ou judicial, não detêm influência sobre a coisa julgada, descabendo sua desconstituição em sede de ação rescisória.



## Conclusão

Apesar do estudo do precedente judicial tenha ganhado bastante relevo a partir do Código de Processo Civil de 2015, a academia e a prática jurídica ainda são vacilantes e pouco uniformes no trato do assunto. O presente artigo buscou avançar no estudo do tema quando ligado à ação rescisória.

Neste particular, observa-se que a nova codificação trouxe sensíveis modificações à ação rescisória. Como visto, grande parte delas deriva da criação judicial do direito, naquilo que se convencionou chamar de direito jurisprudencial, calcadas em pronunciamentos judiciais qualificados. Portanto, cabe ao jurista a correta compreensão na utilização do precedente judicial como fonte de direito, ou seja, como norma jurídica para o fim de propor adequadamente a ação rescisória quando a afronta seja a tal *standard* legal.

Destacou-se, igualmente, o papel do STF no que tange à ação rescisória quando há a declaração superveniente de inconstitucionalidade da norma em que se baseia a decisão objeto da ação, em hipótese inovadora do cabimento pela nova legislação processual.

Buscou-se, assim, delimitar esta conexão entre a ação rescisória e o uso de precedentes judiciais que, nesta quadra da história, tornam-se imprescindíveis a vários institutos jurídicos.

## Referências

ARRUDA ALVIM, Teresa. Da ação rescisória. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; ARRUDA ALVIM, Teresa. **Temas essenciais do novo CPC**. São Paulo: RT, 2016.

\_\_\_\_\_. **Controle das decisões judiciais por meio de recursos de estrito direito e de ação rescisória**: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória - o que é uma decisão contrária à lei? São Paulo: RT, 2001.

CARVALHO, Gustavo Marinho de. **Precedentes administrativos no direito brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2015.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais**: teoria e dinâmica. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. 14. ed. v. 3. Salvador: Juspodivm, 2017.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2017.



LUIZ, Fernando Vieira. **Teoria da decisão judicial**: dos paradigmas de Ricardo Lorenzetti à resposta adequada à Constituição de Lenio Streck. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado**. São Paulo: RT, 2017.

MELO, Gustavo de Medeiros. Limites à retroatividade do precedente uniformizador de jurisprudência. **Revista Forense**, v. 407, jan.-fev. 2010.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 18. ed. São Paulo: RT, 2019.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Decisão judicial e o conceito de princípio**: a hermenêutica e a (in)determinação do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: RT, 2014.

VASCONCELLOS, Marina de Oliveira de; LUIZ, Fernando Vieira. O princípio da proibição do retrocesso social e sua importância na contemporaneidade. **Revista da ESMESC**, v. 22, nº 28, 2015.



# O dano extrapatrimonial acrescido pela Lei nº 13.467/2017 sob o aspecto da segurança jurídica e da constitucionalidade

**Ivan Kaminski do Nascimento**

*Advogado em Brasília - DF  
Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto  
Brasiliense de Direito Público – IDP  
Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo  
Instituto Damásio de Jesus*

**Vanessa Borges Lima**

*Advogada em Brasília - DF  
Pós-graduada em Direito do Trabalho e Processo do  
Trabalho pelo Instituto Brasiliense de Direito Público –  
IDP e em Direito Empresarial pelo Instituto Brasileiro  
de Mercado de Capitais – Ibmec*

## RESUMO

O presente trabalho aborda o dano extrapatrimonial decorrente da relação de trabalho. A reforma trabalhista introduzida pela Lei nº 13.467/2017 incluiu os artigos 223-A a 223-G na CLT. A introdução desses artigos na CLT estabeleceu uma limitação aos valores a serem pagos em caso de condenação. Como não havia um critério taxativo, objetivo, para a estipulação de um valor a ser pago a título de indenização por danos morais, isso poderia trazer insegurança jurídica, visto a subjetividade das decisões proferidas. A questão a ser verificada é se a inserção do Título II-A da CLT poderá significar mais segurança jurídica nas decisões, bem como se a limitação do valor da indenização a ser paga está de acordo com a Constituição Federal.

Palavras-chave: Dano Extrapatrimonial. Artigo 223-G, §1º da CLT. Segurança Jurídica. Constitucionalidade.

## ABSTRACT

The present work addresses the off-balance sheet damage arising from the employment relationship. The

labor reform introduced by Law No. 13,467 / 2017 included articles 223-A to 223-G in the CLT. The introduction of these articles in the CLT established a limitation on the amounts to be paid in case of conviction. As there was no objective, taxing criterion for stipulating an amount to be paid as indemnity for pain and suffering, this could bring legal uncertainty, given the subjectivity of the decisions handed down. The question to be verified is whether the insertion of Title II-A of the CLT may mean more legal certainty in the decisions as well as if the limitation of the amount of the indemnity to be paid is in accordance with the Federal Constitution.

Keywords: Expatrimonial Damage. Article 223-G, §1 of the Labor Code. Legal Security. Constitutionality.

## Introdução

O presente trabalho pretende analisar as alterações promovidas pela reforma trabalhista quanto à taxaço do dano extrapatrimonial sofrido pela pessoa jurádica em uma relaço de trabalho. A Lei n° 13.467/17, conhecida como reforma trabalhista, introduziu o Título II-A – Do Dano Extrapatrimonial abrangido pelos artigos 223-A a 223-G da CLT<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Art. 223-A. Aplicam-se à reparaço de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relaço de trabalho apenas os dispositivos deste Título.’  
Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a açõ ou omissõ que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurádica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparaço.  
Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de açõ, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física.’  
(...)  
Art. 223-E. São responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurádico tutelado, na proporço da açõ ou da omissõ.’  
(...)  
Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:  
(...)  
§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenizaço a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulaço:  
I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;  
II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

A Lei n° 13.467/17, no Título II-A, apresenta uma inovação ao introduzir os artigos 223-A a 223-G, visto que a lei trabalhista pode se valer de sua própria lei para analisar o dano sofrido pelas partes.

No dano extrapatrimonial, a indenização apresenta natureza de ressarcimento, compensatória e punitiva.

A introdução desses artigos cuidou de aplicar a teoria geral dos direitos de personalidade e dos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, ou seja, fundamentos constitucionais, no âmbito da relação de emprego entre empregado e empregador.

Desse modo, considerando as inovações trazidas, pretende-se avaliar as seguintes questões: a imposição de uma limitação no valor indenizatório do dano acarretará uma maior segurança jurídica nas decisões proferidas nas relações de trabalho?

E, ainda, a limitação às indenizações trazidas com os artigos 223-A a 223-G é constitucional?

Assim, o presente trabalho visa a verificar se a introdução dos artigos 223-A a 223-G da CLT, em especial a limitação do parágrafo 1° deste artigo, implicará em maior segurança jurídica e se tal previsão normativa está de acordo com a Constituição Federal.

## 1 Da segurança jurídica

Com a introdução dos artigos 223-A a 223-G, no Título II-A da CLT, o dano moral passou a ser regulado também pelo direito do trabalho em lei própria e não de forma subsidiária.

A questão, entretanto, a ser observada é se a introdução dos artigos 223-A a 223-G na CLT trará maior segurança jurídica considerando que estabelece um limite monetário para a responsabilidade.

Com a Lei n° 13.467/2017, a CLT passou a adotar o tarifamento da indenização com o surgimento do artigo 223-G.

Contudo, para que seja atendido o artigo 93, IX, da CF, o magistrado não poderá se eximir de avaliar a intensidade e o

---

III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

§ 2° Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1° deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor...

efeito do dano, a proporcionalidade da culpa em relação ao dano e das circunstâncias particulares para poder fixar uma indenização razoável (BELMONTE, 2020, p. 325).

O artigo 223-G prevê que o juízo deverá considerar a natureza do bem jurídico tutelado; a intensidade do sofrimento ou da humilhação; a possibilidade de superação física ou psicológica; os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão; a extensão e a duração dos efeitos da ofensa; as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral; o grau de dolo ou culpa; a ocorrência de retratação espontânea; o esforço efetivo para minimizar a ofensa; o perdão, tácito ou expresso; a situação social e econômica das partes envolvidas e o grau de publicidade da ofensa.

Informa o parágrafo 1º do mencionado artigo que o juiz, ao deferir o dano, deverá analisar se este é de natureza leve, média, grave ou gravíssima e, conseqüentemente, o valor atribuído ao dano extrapatrimonial, tendo como critério o valor do último salário contratual do trabalhador.

Com a reforma trabalhista, o empregado e o empregador tiveram o mesmo tratamento quanto à indenização dos danos extrapatrimoniais que ambos possam vir a sofrer.

Esses danos podem ser diretos, quando consistem em prejuízos causados ao empregador por culpa ou dolo na execução do trabalho, ou indiretos, quando resultam de efeitos patrimoniais decorrentes de danos extrapatrimoniais, ou seja, danos à honra do empregador pessoa física, ou dos prejuízos patrimoniais resultantes de dano à imagem ou em decorrência de revelação de segredo empresarial do empregador pessoa jurídica (GARCIA, 2019, p. 109-110).

Como não havia um critério fixo para a estipulação de um valor a ser pago a título de indenização por danos morais e patrimoniais, cabia a cada magistrado analisar caso a caso para fixar um valor de indenização, e isso poderia gerar insegurança jurídica, visto a subjetividade das decisões proferidas.

Antes da reforma trabalhista, os juízes não tinham qualquer parâmetro fixo para arbitrar valores de indenizações por dano moral ou material pleiteado pelo empregado. Para o empregador, isso pode gerar insegurança jurídica, por não saber o *quantum* que poderá ser deferido na decisão judicial.

Entretanto, a insegurança jurídica também era verificada para os empregados porque, para um mesmo dano, o valor a ser indenizado poderia ser diferente diante da subjetividade no julgamento.

Se antes da reforma trabalhista a insegurança jurídica era observada devido ao subjetivismo nas decisões, agora a insegurança jurídica continua a vigorar, visto que os artigos 223-A a 223-G da CLT podem violar o princípio da isonomia e, conseqüentemente, violar a Constituição. Isso pode levar ao entendimento da inconstitucionalidade desses artigos pelas questões que serão relatadas a seguir.

O fato de a lei estipular como parâmetro o último salário contratado do ofendido também gera insegurança jurídica porque, caso o trabalhador, por algum motivo, tenha seu salário diminuído, este último é que será considerado para o cálculo do pagamento do dano. Ademais, se o mesmo fato ocorrer com dois empregados e um deles tiver o salário maior, este será agraciado com valores indenizatórios superiores.

A segurança jurídica implica em um princípio oriundo do Estado de Direito e protege a confiança nas relações jurídicas. Podemos cogitar uma situação em que um empregado que, vinculado ao mesmo fato, sofreu o mesmo dano que outro. Nesse caso, ele não poderia ser preterido em termos de indenização, considerando que recebe um salário menor. Isso, por certo, abala a confiança inerente à segurança jurídica e flerta com a injustiça social umbilicalmente ligada à isonomia.

Uma solução alternativa seria uma interpretação conforme do artigo 223-G, § 1º, fazendo-o apenas uma referência não obrigatória, sem taxatividade, passível de superação com a devida justificação judicial.

A fim de contextualizar a importância da questão, destaca-se que na Justiça do Trabalho as ações de danos morais estão no ranking das ações mais comuns.

Segundo os dados obtidos sobre os casos novos recebidos no Tribunal Superior do Trabalho – Assuntos Mais Recorrentes (dados até 31 de dezembro de 2019), as ações de indenizações por danos morais estão em 6º lugar no ranking dos assuntos mais recorrentes no TST, chegando a 24.978 processos.

Já as ações de indenização por danos morais por valor arbitrado atingem o número de 12.660 ações, ocupando o 13º lugar no ranking. As ações de indenização por dano moral em relação à doença ocupacional estão em 27º lugar, com 6.628 processos. As ações de indenização por dano moral relativas a acidente de trabalho chegam a 2.780 processos, ocupando o 70º lugar no ranking. As ações de indenização por dano moral quanto a assédio moral estão na posição 100º, com 1.794 processos. As ações de indenização por danos morais relativas à

desconfiguração de justa causa estão em 197º lugar no ranking, com 641 processos.

As ações de indenização por dano moral coletivo estão em 220º no ranking, com 479 processos. Já as ações de indenização por dano moral por atos discriminatórios estão em 230º lugar no ranking, com 432. As ações de indenização por danos morais relativas a condições degradantes estão no 241º lugar, com 363 processos. As ações de indenização por danos morais quanto à limitação de uso do banheiro estão na posição 247º, com 336 processos. As ações de indenização por dano moral referentes a revistas íntimas/pertences estão na posição 339º, com 164 processos. As ações de indenização por dano moral relativas à retenção da CTPS estão na posição 413º, com 87 processos.

As ações de indenização por danos morais referentes a assédio sexual estão na posição 418º, com 83 processos. As ações de indenização por danos morais que se referem à anotação na CTPS estão na posição 435º, com 68 processos. Já as ações de indenização por danos morais relativas à quebra de sigilo bancário estão na posição 708º, com 6 processos. As ações de indenização por danos morais referentes à lista suja estão no ranking 792º, com 2 ações.<sup>2</sup>

Desse modo, as ações relativas à indenização por danos morais na Justiça do Trabalho somam quase 52 mil processos. Isso é uma quantidade bastante considerável na Justiça Trabalhista quanto a esta matéria.

Mesmo que os multiplicadores de salários sejam utilizados como resultado de uma interpretação sobre a gravidade da ofensa, se esta for gravíssima, ensejará uma indenização equivalente a somente cinquenta salários.<sup>3</sup>

Estabelecer critérios de tarifação para o pagamento da indenização do dano é negar a própria importância em tutelar o princípio da dignidade da pessoa humana. A segurança jurídica, portanto, deve ser buscada para atingir a causa dos danos morais e não limitar sua aplicação.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Justiça do Trabalho. Tribunal Superior do Trabalho. Assuntos Mais Recorrentes no Tribunal Superior do Trabalho (Casos Novos) 2019, 31/12/2019. Disponível em: [www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br). Acesso em: 26 fev. 2020.

<sup>3</sup> GOMIERO, Paulo Henrique. Regime de dano moral da reforma trabalhista não traz segurança jurídica. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-26/opiniao-regime-dano-moral-reforma-trabalhista-nao-traz-seguranca>. Acesso em: 24 fev. 2020.

<sup>4</sup> Idem.



Assim, a insegurança jurídica ventilada é no fato de que a tarifação para pagamento do dano moral sofrido tanto pelo empregado quanto pelo empregador, segundo os critérios estabelecidos no art. 223-G, § 1º, da CLT, fica engessada a um critério limitador de valores arbitrados na lei e não propriamente ao dano ocorrido, o que infringirá, também, o princípio da isonomia e a Constituição Federal, conforme será melhor abordado no tópico seguinte.

## 2 Da constitucionalidade

Dano é o fato gerador da responsabilidade de pagamento de indenização ou de reparação. Desse modo, entende-se por dano a violação de um bem juridicamente tutelado pelo direito, seja ela patrimonial ou não patrimonial (BONFIM, 2017, p. 872 e 873).

Diversos são os tipos de dano e os requisitos para a indenização de dano que são o ato ilícito ou abusivo e o nexos causal.

O dano patrimonial pode ser direto e indireto. O dano patrimonial direto é aquele que atinge os bens materiais da vítima. Pode atingir o patrimônio presente (dano emergente) e/ou futuro (lucro cessante). Já o dano patrimonial indireto é o dano decorrente da violação de um bem imaterial da vítima (BONFIM, 2017, p. 873).

O dano emergente ou positivo é aquele que, em decorrência do ato ilícito praticado por terceiro, acarreta diminuição no patrimônio da vítima.

O lucro cessante ou dano futuro é o que atinge o patrimônio futuro, ou seja, o ganho esperável, certo e futuro que foi frustrado pelo ato praticado pelo ofensor (BONFIM, 2017, p. 873-874).

Já o dano extrapatrimonial está fundado no artigo 186 do Código Civil e nos artigos 5º, V e X da CF.

De acordo com o artigo 927 do Código Civil, se houver dano sem que o ofensor tenha praticado ato ilícito ou abuso de direito, não haverá obrigação de reparação:<sup>5</sup>

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito ( arts. 186 e 187 ), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos

<sup>5</sup> Código Civil. Acesso em: 30 dez. 2019.

especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Segundo o artigo 944, *caput*, e parágrafo único do Código Civil: “A indenização mede-se pela extensão do dano. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização”.<sup>6</sup>

A Emenda Constitucional n° 45/2004, por meio do artigo 114, V da CF, destaca que é competência da Justiça do Trabalho decidir sobre danos morais decorrentes das relações de trabalho.

O dano moral trabalhista é aquele ocorrido no âmbito do contrato de trabalho e em razão da sua existência, envolvendo o empregado e o empregador.

De acordo com o Código Civil em seu artigo 187, cometerá abuso de direito aquele que usar de forma exacerbada seu direito subjetivo contra outrem. Veja:<sup>7</sup>

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Tem-se, portanto, que abuso de direito é o exercício de um direito subjetivo fora dos limites normais, baseados em princípios de comportamento e de direito que violem a ética, a moral, a boa-fé, os bons costumes, o bem comum e a função social do direito (BONFIM, 2017, p. 875).

Para que haja o dever do empregador de indenizar o empregado, deve existir uma relação de causa e efeito entre a conduta praticada pelo patrão e a atividade desenvolvida pela empresa.

Por outro lado, se a atividade desenvolvida pela empresa não causa dano ao empregado, não haverá o dever de indenização por parte do empregador.

Desse modo, depreende-se que o nexo causal é o vínculo existente entre o dano e o ato praticado pelo empregador ou pela atividade desenvolvida pela empresa.

<sup>6</sup> Código Civil. Acesso em: 30 dez. 2019.

<sup>7</sup> Código Civil. Acesso em: 30 dez. 2019.

O dano moral pode ser direto e indireto. O dano moral direto resulta da violação de um bem imaterial, causando sofrimento à vítima ou desrespeito à dignidade da pessoa humana. Já o dano moral indireto resulta de uma lesão ao bem patrimonial, o que gera dano ao direito extrapatrimonial (GARCIA, 2019, p.109-110).

Os danos morais trabalhistas são ofensas individuais aos atributos físicos, valorativos e psíquicos ou intelectuais e existenciais extrapatrimoniais, decorrentes da relação de trabalho (BELMONTE, 2020, p. 135-136).

Os danos morais sofridos pelas pessoas físicas podem ser considerados aqueles relativos a abalos sentimentais à honra ou reputação, à imagem, ao decoro, à saúde, à integridade física, à intimidade, à liberdade de pensamento, convicção, crença e religião, entre outras. Já o dano moral sofrido pela pessoa jurídica pode ser a violação do nome da empresa, da imagem, da marca, do segredo empresarial, do sigilo da correspondência e das comunicações de dados e telefônicos, entre outros (BELMONTE, 2020, p. 135-136).

Como se vê nos artigos 223-A a 223-G, a intenção do legislador foi a de regular o tema na esfera trabalhista, porém, o fundamento primordial está na Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal positivou os direitos de personalidade inseridos no art. 5.º, *caput* e incisos V, X e XXXVI, ao considerar invioláveis os direitos à vida, à intimidade, à vida privada, à imagem, à honra das pessoas, assegurando o direito à indenização por danos materiais e morais decorrentes de sua violação (CALVO, 2019, pg. 398).

O artigo 5.º, inciso V da Constituição Federal dispõe: (...) é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;(...).<sup>8</sup>

Infere-se, ainda, no artigo 5.º, inciso X da Constituição Federal que (...) são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (...).<sup>9</sup>

Ou seja, a Constituição Federal, em seu artigo 5.º, X, mostrou que não há a exigibilidade de repercussão econômica para a indenização pecuniária do dano moral, podendo servir de compensação da ofensa aos direitos da personalidade (BELMONTE, 2020, p. 323).

<sup>8</sup> CLT Saraiva Acadêmica e Constituição Federal, 2019.

<sup>9</sup> CLT Saraiva Acadêmica e Constituição Federal, 2019.

Entretanto, como o prejuízo material pode ocorrer, este é merecedor de reparação pela fixação da indenização compensatória, nada impedindo a cumulação (artigo 5º, X, CF) (BELMONTE, 2020, p. 324).

A introdução dos artigos 223-A a 223-G na CLT cuidou de aplicar a teoria geral dos direitos de personalidade e dos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, conforme o contido no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, no âmbito da relação de emprego, de modo que a violação desses direitos gera danos de natureza extrapatrimonial na esfera trabalhista (GARCIA, 2019, p. 111).

A interpretação constitucional desses novos dispositivos inseridos na reforma trabalhista evidencia a presença do direito civil sobre direitos de personalidade e responsabilidade civil na esfera do contrato de trabalho, o que pode ser confirmado no artigo 8º, § 1º da CLT, visto que o direito comum será subsidiário do direito do trabalho (GARCIA, 2019, p. 111).

Tem-se, portanto, que o dano extrapatrimonial será causado pela ação ou omissão que ofender a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são titulares do direito de reparação, o que pode ser evidenciado no art. 223-B da CLT. Vejamos (GARCIA, 2019, p. 112):

Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.

A própria jurisprudência sumulada do Superior Tribunal de Justiça já informava que a pessoa jurídica pode sofrer dano moral (Súmula STJ 227).<sup>10</sup>

Segundo o art. 52 do Código Civil, é aplicável às pessoas jurídicas a proteção dos direitos de personalidade. Tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica podem ser titulares do direito à reparação por danos extrapatrimoniais na esfera trabalhista.

Nesse sentido, não restam dúvidas de que a pessoa jurídica pode sofrer dano extrapatrimonial por ser titular de certos direitos de personalidade como a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência, conforme o artigo 223-D da CLT.

<sup>10</sup> Súmula STJ. Acesso em: 24 fev. 2020.

O artigo 223-E da CLT mostra que são responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos aqueles que tenham colaborado pela ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação e da omissão.

O dano extrapatrimonial sofrido pode ser requerido cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo, como é possível observar no artigo 223-F da CLT.

Ainda, conforme este artigo, porém em seu parágrafo 1º, se houver cumulação de pedidos, o juízo, ao proferir a decisão, deve discriminar os valores, ou seja, separar o valor arbitrado a título de danos patrimoniais daqueles referentes a danos extrapatrimoniais.

A reparação por danos extrapatrimoniais pode abranger danos morais, estéticos e existenciais e por isso devem ser discriminados.

Quanto à reparação por danos extrapatrimoniais, o juiz deverá considerar o contido no artigo 223-G.<sup>11</sup>

Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:

I - a natureza do bem jurídico tutelado;

II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação;

III - a possibilidade de superação física ou psicológica;

IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;

V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;

VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;

VII - o grau de dolo ou culpa;

VIII - a ocorrência de retratação espontânea;

IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa;

X - o perdão, tácito ou expreso;

XI - a situação social e econômica das partes envolvidas;

XII - o grau de publicidade da ofensa.

O parágrafo 1º do artigo 223-G da CLT informa que se o pedido for julgado procedente, o juízo deve fixar a indenização pelos seguintes parâmetros<sup>12</sup>:

<sup>11</sup> Lei 13.467 – Planalto. Acesso em: 02 jan. 2020.

<sup>12</sup> Lei 13.467 – Planalto. Acesso em: 02 jan. 2020.

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;

II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

Restou demonstrado nesse parágrafo que o juiz, ao deferir o valor da indenização para fixação do valor a ser reparado a título de dano extrapatrimonial, deverá se pautar pela razoabilidade.

Para Belmonte (2020, 334), tomar como ponto de partida o salário do trabalhador para efeito de avaliação da indenização pela dor sentimental gera discriminação, porque a dor de um trabalhador que recebe um salário menor é a mesma que um trabalhador que auferir um salário maior.

Segundo o autor, a discriminação é vedada pela Constituição, conforme se verifica no artigo 5º, incisos V e X. A Constituição estabelece indenização por dano extrapatrimonial proporcional ao agravo sofrido sem qualquer limitação (BELMONTE, 2020, 334).

A Constituição Federal não limita a quantificação do dano e nem estipula parâmetros que podem ser entendidos como privilégios para alguns. Entretanto, da forma como ficou elencado no art. 223-G, § 1º da CLT, aqueles que ganham altos salários sempre terão indenizações maiores que os trabalhadores que recebem menores salários.

Para Roberto Dala<sup>13</sup>, o legislador tentou, mais uma vez, tarifar o dano, o que já fora tentado anteriormente, como na Lei 5250/67 (Lei de Imprensa), em que a Súmula 281, do STJ, assinalou que “a indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa” e, ainda, houve pronunciamento expresso do STF, através da ADPF 130/09, no sentido de que esta lei não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 não por critérios formais, mas por critérios materiais,

<sup>13</sup> FILHO, Acesso em: 09 jan. 2020.

entre eles, a questão relativa à tarifação por danos morais, que era prevista nos artigos 51 e 52 da lei em exame.

Ainda segundo Dala<sup>14</sup>, mesmo antes da ADPF 130/09, o STF já possuía precedentes indicando que a tarifação para reparação por danos morais prevista na Lei de Imprensa não fora recepcionada pela Constituição Federal. Vejamos, por exemplo, a ementa da lavra do Ministro Carlos Velloso:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. CIVIL. DANO MORAL: OFENSA PRATICADA PELA IMPRENSA. INDENIZAÇÃO: TARIFAÇÃO. Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa, art. 52: NÃO-RECEPÇÃO PELA CF/88, artigo 5º, incisos V e X. RE INTERPOSTO COM FUNDAMENTO NAS ALÍNEAS a e b. I.

- O acórdão recorrido decidiu que o art. 52 da Lei 5.250, de 1967 - Lei de Imprensa - não foi recebido pela CF/88. RE interposto com base nas alíneas a e b (CF, art. 102, III, a e b). Não-conhecimento do RE com base na alínea b, por isso que o acórdão não declarou a inconstitucionalidade do art. 52 da Lei 5.250/67. É que não há falar em inconstitucionalidade superveniente. Tem-se, em tal caso, a aplicação da conhecida doutrina de Kelsen: as normas infraconstitucionais anteriores à Constituição, com esta incompatíveis, não são por ela recebidas. Noutras palavras, ocorre derrogação, pela Constituição nova, de normas infraconstitucionais com esta incompatíveis. II. - A Constituição de 1988 emprestou à reparação decorrente do dano moral tratamento especial - C.F., art. 5º, V e X - desejando que a indenização decorrente desse dano fosse a mais ampla. Posta a questão nesses termos, não seria possível sujeitá-la aos limites estreitos da lei de imprensa. Se o fizéssemos, estaríamos interpretando a Constituição no rumo da lei ordinária, quando é de sabença comum que as leis devem ser interpretadas no rumo da Constituição. III. - Não-recepção, pela CF/88, do art. 52 da Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa. IV. - Precedentes do STF relativamente ao art. 56 da Lei 5.250/67: RE 348.827/RJ e 420.784/SP, Velloso, 2ª Turma, 1º.6.2004. V. - RE conhecido - alínea a -, mas improvido. RE - alínea b - não conhecido.

<sup>14</sup> FILHO, Acesso em: 09 jan. 2020.

Pelo entendimento do STF, qualquer tentativa de tarifação ou restrição à reparação por danos morais, prevista em lei ordinária, padecerá de inconstitucionalidade, por ofender o disposto no art. 5º, V e X da CF.

Para Dala<sup>15</sup>, a introdução do artigo 223-G na Lei nº 13.467/2017, que regula sobre a valoração da indenização por dano extrapatrimonial, não está superada. Isso porque, acredita ele, deve-se lembrar da importância da jurisprudência sobre o tema.

Ressalta-se que, após a vigência da Lei nº 13.467/2017, foi publicada a Medida Provisória 808/2017, a qual trouxe algumas alterações bastante expressivas em relação ao dano extrapatrimonial, inclusive quanto ao valor da indenização devida. Porém, a mencionada MP perdeu validade em abril do mesmo ano, fazendo com que fossem retomadas as regras implementadas pela reforma.<sup>16</sup>

Conforme destacado, a indenização por reparação por danos extrapatrimoniais está pautada no fundamento constitucional inserido no artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal de 1988, quando há violação de direitos, tendo como fundamento, ainda, a dignidade da pessoa humana (GARCIA, 2019, p. 120).

Pelo fato de a Justiça do Trabalho ser voltada para os direitos do trabalhador, entende-se que a tarifação pelo legislador da indenização por danos extrapatrimoniais não é juridicamente válida.

Emerge a ideia de que a tarifação pode acarretar tratamento discriminatório quando a lesão atingir empregados, visto que deverá ser observado o último salário do ofendido. E, ainda, se o ofendido for pessoa jurídica, a tarifação da indenização também deve ser regulada segundo os moldes do parágrafo 2º do artigo 223-G da CLT.

Ao mesmo tempo, considerar-se que a tarifação da indenização do dano extrapatrimonial para o empregado, em regras preestabelecidas na Lei nº 13.467/2017, baseado em seu último salário, pode ser discriminatória, também há de se considerar que o artigo 223-G, inserido na reforma trabalhista, pode significar um limite aos valores exorbitantes deferidos pela Justiça do Trabalho.

O Supremo Tribunal Federal – STF ainda não se pronunciou a respeito da constitucionalidade ou inconstitucionalidade desses artigos.

<sup>15</sup> FILHO, Acesso em: 09 jan. 2020.

<sup>16</sup> JOTA, Acesso em: 02 jan. 2020.



Mesmo ainda sem a manifestação expressa do STF, foram ajuizadas três Ações Diretas de Inconstitucionalidade, sendo: a ADI 5870, pela Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho; a ADI 6082, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria – CNTI; e a ADI 6069, pelo Conselho Federal da OAB.<sup>17</sup>

A ADI 5870 revela-se contra a tarifação imposta pelo artigo 223-G da CLT, visto a limitação ao dano extrapatrimonial decorrente da relação de trabalho, em que limita o Poder Judiciário a fixar uma indenização superior para reparar o dano, o que acarreta uma violação ao princípio da isonomia, porque um mesmo dano pode ter valores diferentes em razão do salário do ofendido.

Vejamos a manifestação da PGR<sup>18</sup>:

Pelo exposto, renovados os argumentos jurídicos, insiste-se no conhecimento da ação e na procedência do pedido, com a declaração da inconstitucionalidade do art. 223-G-§1º-I-II-III-IV da CLT e, por arrastamento, a consequente declaração de inconstitucionalidade dos parágrafos 2º e 3º do art. 223-G e os arts. 223-A e 223-C da CLT, todos com redações inseridas pela Lei 13.467/2017, nos termos do parecer constante dos autos, datado de 18/12/2018.

Na ADI 6082, houve a reiteração da manifestação da PGR na ADI 5870/DF, pela procedência do pedido, com a declaração da inconstitucionalidade dos arts. 223-A e 223-G-§1º-I-II-III-IV da CLT, bem como, por arrastamento, dos parágrafos 2º e 3º do art. 223-G e do art. 223-C da CLT, introduzidos pela Lei 13.467/2017.

O parecer da Procuradoria utilizou como fundamento a analogia aos acordos firmados no acidente envolvendo a empresa Vale do Rio Doce na cidade de Mariana/MG, amplamente conhecido, em que foram realizados acordos com base em critérios que vão muito além dos limites legais estabelecidos. Os limites estabelecidos no artigo nº 223-G, §1º, certamente, indicariam um aspecto de total injustiça.

A ADI 6069 foi pensada à ADI 5870 para fins de apreciação e julgamento. Nessa ADI, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizou no Supremo Tribunal

<sup>17</sup> ALMEIDA. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>18</sup> Supremo Tribunal Federal. ADI 5870. Acesso em: 28 fev. 2020.

Federal (STF) a Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de liminar, para questionar alterações promovidas pela Lei 13.467/2017 na CLT referentes à reparação por danos morais decorrentes da relação de trabalho. A OAB argumenta que os artigos 223-A e 223-G, parágrafos 1º e 2º, da CLT criaram uma espécie de tarifação para o pagamento de indenização trabalhista, utilizando como parâmetro o último salário contratual do ofendido.<sup>19</sup>

Insta ressaltar que já existem algumas decisões declarando a inconstitucionalidade do artigo 223-G da CLT<sup>20</sup>.

A exemplo do acidente de Mariana/MG, dentro de uma grande empresa, levando-se em conta o mesmo fato ensejador do dano moral sofrido por alguém com uma função hierarquicamente menor e alguém com uma função hierarquicamente maior, a indenização provavelmente não seria igual, já que o art. 223-G utilizou como parâmetro o salário do ofendido.

Destaca-se, ainda, que a limitação do valor da indenização não se restringe somente para o empregado, mas também para o empregador conforme o contido no parágrafo 2º do art. 223-G, haja vista que se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabe-

<sup>19</sup> Supremo Tribunal Federal. Acesso em: 20 fev. 020.

<sup>20</sup> Vejamos, por oportuno, o entendimento do juiz Titular da Segunda Vara do Trabalho de Nova Lima/MG, Vicente de Paula Maciel Junior, nos autos do processo nº 001000164.2019.5.03.0165, que assim entendeu: Ora, o estabelecimento de tarifa para a reparação de danos (art. 223-G, §1º, 2º e 3º, a CLT), padece de evidente inconstitucionalidade, por afronta aos arts. 1º, III; 3º, IV; 5º, caput e incisos V e X e caput do art. 7º, da Constituição Federal. Isto porque a tarifação dos danos estabelecida ofende o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, a Constituição Federal), ao admitir que a esfera personalíssima do ser humano trabalhador possa ser violada sem a reparação ampla e integral, eis que foram estabelecidos limites e valores módicos e insuficientes, em claro desrespeito ao art. 5º, V e X da CF/88 e com tratamento discriminatório ao ser humano "trabalhador". O art. 223-G, da CLT, prevê tratamento discriminatório e de menor proteção ao trabalhador em relação aos demais membros da sociedade quanto às reparações por danos extrapatrimoniais, já que em relação a estes se aplicam as regras do CCB, que são mais amplas, sem estabelecimento de tarifas para a reparação e se encontram em consonância com a CF/88 e seus princípios da proteção integral. Restringir o valor da reparação pela dor do trabalhador constitui inegável discriminação e violação aos arts. 3º, IV e 5º, caput, da Constituição da República. O fato de a pessoa humana estar envolvida em relação laboral não torna sua dor menor dos demais membros da sociedade.

lecidos no § 1º do art. 223-G, mas em relação ao salário contratual do ofensor.

Nessa linha, a princípio, entende-se que qualquer limitação de valor indenizatório, a título de dano extrapatrimonial, constitui uma violação ao juízo de equidade, pois estaria retirando do juiz a faculdade de aferir a natureza, a gravidade e a extensão da lesão.

O que se observa, portanto, é que a tarifação do dano extrapatrimonial tentou buscar maior segurança jurídica nas relações de trabalho; entretanto, parece ter esbarrado no princípio constitucional da isonomia, esculpido no artigo 5º, *caput* e inciso V e X, da Constituição Federal, de modo que a segurança jurídica pretendida esbarra em importantes fundamentos constitucionais na forma como foi definida em Lei.

De todo o exposto, a inconstitucionalidade da tarifação do dano extrapatrimonial deverá prevalecer no Supremo Tribunal Federal (STF), com arrimo na justiça.

## Conclusão

A reforma trabalhista, trazida pela Lei 13.467/17, no Título II-A, artigos 223-A a 223-G da CLT, além de retratar que o dano extrapatrimonial pode ser sofrido tanto pela pessoa física quanto pela pessoa jurídica, também estabeleceu os valores a serem pagos em caso de condenação.

A insegurança jurídica antes era evidenciada devido ao subjetivismo nas decisões trabalhistas, em que os magistrados tinham a autonomia para arbitrar os valores a serem pagos a título de indenização. Agora, mesmo havendo um valor estipulado a ser pago, também se verifica, de certa forma, uma insegurança jurídica, visto que o valor da indenização não está pautado no dano em si, ou seja, não está vinculado ao fato ocorrido, mas vinculado ao último salário do ofendido. Em outras palavras: merecerá ser bem indenizado somente aquele que mereceu ser bem remunerado. O aspecto discriminatório nesse sentido fica evidenciado.

A questão da tarifação do dano ainda está em discussão nos tribunais, em especial no STF; no entanto, nos Tribunais Regionais do Trabalho tem-se verificado que os art. 223-A a 223-G estão sendo considerados como afrontosos à Constituição Federal, principalmente sob o argumento de que é discriminatória a utilização do salário do ofendido como parâmetro para a indenização.

Os dispositivos da CLT não podem ser considerados isoladamente como uma norma única e exclusiva, sem levar em conta o disposto na Carta Magna.

Além disso, no parágrafo 2º do art. 223-G, ficou estabelecido que, caso o ofendido seja pessoa jurídica, os parâmetros de indenização também serão observados conforme o parágrafo 1º do mesmo artigo. Isso mostra que o valor da indenização tanto para a pessoa física quanto para a pessoa jurídica fica limitado ao salário contratual, ou seja, o dano moral deixou de ser estabelecido pelo nível de dano (até então, de forma subjetiva pelo magistrado) e passou a ser limitado pelo último salário contratual.

Essa tarifação está infringindo o princípio da dignidade humana e o princípio da isonomia, pois, para o lado do empregado, aquele com salário superior terá indenização maior que aquele com salário inferior, ainda que relativos ao mesmo fato. E, para o lado do empregador, mesmo quando sofrer dano moral, o dano também será tarifado. Ainda que nesse ponto faça mais sentido a tarifação, porquanto há o aspecto da capacidade de pagamento do empregado.

Solução alternativa seria uma interpretação de acordo com a Constituição para que o artigo 223-G, parágrafo 1º, seja apenas uma referência, passível de superação no caso concreto com a devida fundamentação judicial.

Seguindo as regras contidas no art. 223-G e parágrafos, aqueles que ganham altos salários sempre terão indenizações maiores do que aqueles que possuem baixos salários e isso está em desacordo com o art. 5º, V e X, da CF, princípio da isonomia e dignidade da pessoa humana.

Por todo o exposto, restou verificado que tanto para o empregado quanto para o empregador, a introdução dos artigos 223-A a 223-G na CLT ainda importa em insegurança jurídica nas decisões proferidas nas relações de trabalho, porquanto haverá quebra da confiança necessária às relações jurídicas e inerente ao Estado de Direito e violação constitucional.

## Referências

- ALMEIDA, Orlando José de e FURMAN, Bernardo Gasparini. **Aplicação do artigo 223-g da CLT - arbitramento da reparação por danos morais - constitucionalidade ou inconstitucionalidade**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/305015/aplicacao-do-artigo-223-g-da-clt-arbitramento-da-reparacao-por-danos-morais-constitucionalidade-ou-inconstitucionalidade>. Acesso em: 20 fev. 2020.
- BELMONTE, Alexandre Agra. **Danos extrapatrimoniais nas relações de trabalho: identificação das ofensas extrapatrimoniais morais e existenciais e sua quantificação**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.
- BELMONTE, Alexandre Agra. **Reparação dos danos patrimoniais nas relações de trabalho**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.
- BONFIM, Vólia Cassar. **Direito do Trabalho**. 14. ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.
- CALVO, Adriana. **Manual de Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- CLT Saraiva Acadêmica e Constituição Federal/Obra Coletiva de Autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Lívia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. – 19. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- Código Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm).
- FILHO, Roberto Dala Barba. **A inconstitucionalidade da tarifação da indenização por dano extrapatrimonial no direito do trabalho**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI266105,21048-A+inconstitucionalidade+da+tarifacao+da+indenizacao+por+dano>. Acesso em: 09 jan. 2020.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Reforma Trabalhista**. 5. ed. rev. amp. e atual. – Salvador: Ed. JusPODIVM, 2019.
- GOMIERO, Paulo Henrique. **Regime de dano moral da reforma trabalhista não traz segurança jurídica**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-26/opinioao-regime-dano-moral-reforma-trabalhista-nao-traz-seguranca>. Acesso em: 24 fev. 2020.
- Lei 13.467 – Planalto**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm). Acesso em: 30 dez. 2019.
- JOTA, Lilian Kátiusca. **Alterações com a reforma trabalhista: o dano extrapatrimonial**. Disponível em: <http://www.granadeiro.adv.br/clipping/2019/01/18/alteracoes-com-a-reforma-trabalhista-o-dano-extrapatrimonial>. Acesso em: 01 jan. 2020.

JUSTIÇA DO TRABALHO. **Tribunal Superior do Trabalho. Assuntos Mais Recorrentes no Tribunal Superior do Trabalho (Casos Novos) 2019, 31 de Dezembro de 2019.** Disponível em: [www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br). Acesso em: 26 fev. 2020.

TOLENTINO, Ana Luiza de Oliveira. **Danos Morais no Direito do Trabalho e as alterações decorrentes da reforma trabalhista – Lei 13.467/17.** Disponível em: <https://analuizatolentino.jusbrasil.com.br/artigos/522078894/danos-morais-no-direito-do-trabalho-e-as-alteracoes-decorrentes-da-reforma-trabalhista-lei-13467-17?ref=serp>. Acesso em: 02 jan. 2020.

**Súmula STJ.** Disponível em: [http://www.stj.jus.br/docs\\_internet/VerbetesSTJ\\_asc.txt](http://www.stj.jus.br/docs_internet/VerbetesSTJ_asc.txt). Acesso em: 24 fev. 2020.

**Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=403531>. Acesso em: 20 fev. 2020.

**Supremo Tribunal Federal.** ADI 5870. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5335465>. Acesso em: 28 fev. 2020.

# A produção antecipada de provas como fator de alteração da ordem procedimental na fase de conhecimento

**Juliana Dal Molin de Oliveira Lemos**

*Advogada em Rondônia*

*Bancária na Caixa Econômica Federal*

*Doutoranda em Processo Civil pela PUC/RS*

*Mestre em Direito Ambiental pela UNIVALI/SC*

*Especialista em Processo Civil pela FAP/UNINTER*

## RESUMO

Este trabalho realiza uma pesquisa acerca da produção antecipada de provas no Código de Processo Civil de 2015, analisando as suas possibilidades de utilização, requisitos e dimensão processual, desde a sua positivação e a implicação na sua utilização, com o intuito de propor uma sistematização do instituto diante de sua complexidade prática processual.

Palavras-chave: Produção antecipada de provas. Ordem procedimental. Fase de conhecimento. Processo civil.

## ABSTRACT

This work conducts a research about the anticipated production of evidence in the 2015 Code of Civil Procedure, analyzing its possibilities of use, requirements and procedural dimension, since its positivization and the implication in its use, in order to propose a systematization of the institutes in view of their practical procedural complexity.

Keyword: Advance production of evidence. Procedural order. Knowledge phase. Civil Procedure.

## Introdução

A escolha do presente tema passa pelas alterações no novel ordenamento processual quanto à sistemática da produção antecipada de provas, às mudanças processuais e à consequente

alteração da ordem procedimental na fase de conhecimento, sendo esta temática verificada através dos arts. 381 a 383 do Código de Processo Civil de 2015.

O estudo da produção antecipada de provas é importante para entendermos toda a sua positivação, utilização e impacto diante do processo. A medida de positivação destas possibilidades concede ao Código de Processo Civil de 2015 e a sistemática ali contida outros contornos conceituais e práticos.

Um dos fatores para que a mudança na sistemática de produção antecipada de provas seja considerada positiva é a própria busca pela celeridade e efetividade processual, uma vez que, ao permitir-se que assim se proceda, há, desde logo, a prestação jurisdicional daquela parte da demanda e, ainda que não seja de cunho meritório, de qualquer maneira, a lide estará parcialmente resolvida.

Necessário se faz ressaltar a grande relevância da questão, diante de seu molde inserto na nova codificação, com a necessidade de entender este instituto da produção antecipada de provas e seus respectivos impactos, com a primordial análise minuciosa sobre os possíveis benefícios, situações processuais, desdobramentos em outras fases, prejuízos, desmembramentos e demais possibilidades, impulsionando a futura pesquisa.

O presente estudo se justifica, ainda, em obter conhecimentos mais detalhados sobre o tema e outras temáticas correlacionadas, como: fato, causa de pedir, o direito à prova, os meios de produção de prova, os procedimentos utilizados, a ordem procedimental, dentre outras implicações e problematizações necessárias.

Com tamanha inovação positivando a produção antecipada de provas, por si só, este assunto 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 O fato e a causa de pedir**

Em um breve estudo sobre a noção a respeito de “fato” e “causa de pedir” dentro da matéria de Direito Processual Civil, é importante buscarmos um entendimento sobre os seus conceitos, a concepção construtiva dessas conceituações, com o intuito de sistematizar a correspondência dos mesmos com o estudo proposto, bem como a correlação com suas funções e conteúdos.



Sobre fato, na visão de Chiovenda (2012, p. 87), “pode ser definido como o acontecimento ou circunstância concreta, determinado no espaço e no tempo, passado e presente, do mundo exterior ou da vida psíquica humana – v.g., a vontade, a intenção – que o direito objetivo considera pressuposto de um efeito jurídico”.

Frente a essa definição, entendemos que todo ato postulatório se inicia com a ocorrência de uma narrativa dos fatos, com o relato de acontecimentos ou circunstâncias em que o autor apresenta a sua versão para a análise jurídica de um direito e, conseqüentemente, sua prestação jurisdicional.

Dessa forma, percebemos que a concepção do fato<sup>1</sup> é fundamental para a prestação jurisdicional, para a formação da base cognitiva e para a resolução do conflito, através da aplicação da norma mais adequada, por meio da análise das questões de fato. No que diz respeito às questões de fatos, cumpre destacar que podem se apresentar de forma controversa ou incontroversa, sendo que, no caso das controversas, há a necessidade de produção de provas, para melhor esclarecimento ou convencimento em relação à ocorrência dos fatos relacionados aos pedidos pleiteados.

Nesse ponto, ressaltamos os ensinamentos de Tucci (2001, p. 57), ao mencionar: “Anote-se que a petição inicial deve conter, como exigência formal mínima, além da explícita referência às partes, a indicação da causa de pedir e do pedido”.

Assim, constatamos que a causa de pedir é outro instituto importante a ser estudado, considerando a relação do mesmo com o próprio pedido, bem como por ser um dos elementos de exigência formal mínima da ação, tendo sua importância para a definição do objeto litigioso da ação e dos fundamentos jurídicos que servirão de base em determinada ação.

No mesmo sentido, temos a lição de Câmara<sup>2</sup>:

Deve a petição inicial conter a descrição dos fatos que compõem a causa de pedir (remota e próxima), isto é, dos fatos constitutivos do direito de-

<sup>1</sup> “fato não é pois algo concreto, sensível, mas um elemento linguístico capaz de organizar uma situação existencial como realidade.” FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução do estudo do direito. São Paulo: Atlas, 199, p. 278.

<sup>2</sup> CÂMARA, Freitas, Alexandre. O novo processo civil brasileiro. 4ª ed. Atlas, 2018. [Minha Biblioteca]. Retirado de <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597014426/>>.

duzido pelo demandante e dos fatos geradores do interesse de agir. Pense-se, por exemplo, no caso de se ir a juízo para cobrar uma dívida resultante de um contrato. A petição inicial deverá conter a descrição do contrato (fato constitutivo do direito, causa de pedir remota) e do inadimplemento (causa de pedir próxima).

Através dos apontamentos e exemplos citados anteriormente, verificamos a correlação entre o fato<sup>3</sup> e a causa de agir junto à produção de provas no processo civil, tendo as suas funções e conteúdos determinantes para a sistematização dos processos e para possibilitar a adequada prestação jurisdicional.

### 1.1 O fato como *thema probandum*

Assim como mencionado no tópico anterior, a análise dos fatos possui uma importância fundamental para compreensão e solução de conflitos, destacando-se a importância de que aqueles que guardem relação com a causa de pedir sejam objetos de prova, quando controversos<sup>4</sup>. Quanto a esse entendimento, esclarece Marques (2003, p. 186) que o “Objeto da Prova, ou *thema probandum*, refere-se aos fatos que devem ser demonstrados no processo para o Juiz formar sua convicção”.

Ainda sobre o *thema probandum*, que se traduz do latim como “tema a se provar”, Mitidiero explica que<sup>5</sup>:

Uma vez dimensionado o *thema probandum*, interessa ao processo de corte cooperativo a repartição do encargo probatório. Assunto, de seu turno, que remete diretamente à análise das diferentes funções que o Direito Processual pode confiar às normas sobre o ônus da prova.

<sup>3</sup> “Um determinado fato é tomado como premissa para uma consequência jurídica.” TARUFFO, Michele. A prova. Tradução: João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 16.

<sup>4</sup> “Enfim, rigorosamente, o objeto da prova é a ‘alegação de fato’.” DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de processo civil. Vol. 2. 10a. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 52.

<sup>5</sup> MITIDIERO, Daniel. Processo Justo, Colaboração e Ônus da Prova. Rev. TST, Brasília, vol. 78, nº 1, jan/mar 2012. p. 73. Retirado de <[https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/29621/003\\_mitidiero.pdf?sequence=4&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/29621/003_mitidiero.pdf?sequence=4&isAllowed=y)>.

Assim, podemos considerar o *thema probandum* como o fato que é relevante e que possui influência sobre a demanda, cabendo o encargo probatório visando sanar as dúvidas, que podem ocorrer em virtude de controvérsia em relação à ocorrência ou modo de ocorrência; ou ainda pela não convicção em relação à narrativa.

Se há fato a ser provado, é este que se relaciona com a necessidade de produção de prova, diferentemente dos fatos que não necessitam de prova, seja pelo fato de serem incontroversos, seja por serem notórios.

## 1.2 A prova e a sua relação com o fato

Ao tratarmos sobre a prova e a sua relação com o fato no processo civil, é importante inicialmente trazermos alguns entendimentos doutrinários quanto ao significado da terminologia “prova” dentro dessa matéria.

Neves (2016, p. 643), ao tratar sobre prova, ressalta que:

Há doutrinadores que preferem conceituar a prova como sendo os meios ou elementos que contribuem para a formação da convicção do juiz a respeito da existência de determinados fatos. Outros entendem a prova como a própria convicção sobre os fatos alegados em juízo. Há ainda os que preferem conceituar a prova como um conjunto de atividades de verificação e demonstração, que tem por objetivo chegar à verdade relativa às alegações de fatos que sejam relevantes para o julgamento.

Cumpramos ainda destacar o art. 369 do Código de Processo Civil de 2015, que dispõe com relação à prova que “As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”.

Percebemos, assim, a importante relação tida no Direito Processual Civil entre a prova<sup>6</sup> e o fato, no sentido de que a prova, como um instrumento de busca pela verdade e convicção, visa

<sup>6</sup> “as provas (*probare*) são fatos presentes sobre os quais se constrói a probabilidade da existência ou da inexistência de um fato passado.” CARNELUTTI, Francesco. Como se faz um processo. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Líder, 2002, p. 50.

ao esclarecimento sobre os fatos que apresentem relevância às demandas apresentadas em juízo. Através das provas<sup>7</sup>, as partes têm a oportunidade de contribuir e auxiliar para o alcance da verdade dos fatos, influenciando na formação da convicção do juiz, com relação às alegações relevantes para o julgamento que será realizado, sendo este um direito a elas garantido.

### 1.3 O direito à prova

A prova, anteriormente conceituada como sendo um meio ou elemento de defesa e verificação, é um direito fundamental, que possui força contida inclusive no ordenamento normativo constitucional.

A Constituição da República Federativa do Brasil, através do seu art. 5º, inciso LIV, trouxe disposto que:

“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:

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;(...)”

Essa disposição, em construção aos demais estudos de Direito e Garantias Fundamentais, traz uma visão quanto ao direito à prova, ao correlacionarmos ainda com ensinamentos, como destacamos em Didier Jr (2006, p. 59), em sua abordagem de que:

Como poderia o magistrado punir alguém, sem que lhe tenha dado a chance de manifestar-se sobre os fundamentos da punição; por exemplo, demonstrando que os fatos em que se baseia o magistrado ou não ocorreram ou não permitem a aplicação da sanção? Seria punir sem ouvir;

<sup>7</sup> “provar é demonstrar que uma alegação é boa, correta e portanto condizente com a verdade. O fato existe ou inexistente, aconteceu ou não aconteceu, sendo portanto insuscetível dessas adjetivações ou qualificações. As alegações, sim, é que podem ser verazes ou mentirosas - e daí a pertinência de prová-las, ou seja, demonstrar que são boas e verazes.” DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. Vol. III. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 58.

seria condenar sem dar a chance de defesa. Não é possível a aplicação de qualquer punição processual, sem que se dê oportunidade de o 'possível punido' manifestar-se previamente, de modo a que possa, de alguma forma, influenciar no resultado da decisão.

Nesse sentido, percebemos que, ao citar as menções de dar a "chance de manifestar-se" e a "chance de defesa", bem como sobre a necessária oportunidade de manifestação visando à possibilidade de se defender, verificamos que essas premissas são diretamente relacionadas ao direito à prova que deve ser respeitado ao se considerar a aplicação do devido processo legal.

Assim, observando a relação essencial entre o direito à prova no cumprimento ao devido processo legal, consideramos ainda as observações de Mendes (2015, p. 546) quanto às suas características como direito constitucionalmente normatizado:

É provável que a garantia do devido processo legal configure uma das mais amplas e relevantes garantias do direito constitucional, se considerarmos a sua aplicação nas relações de caráter processual e nas relações de caráter material. Todavia, no âmbito das garantias do processo, é que o devido processo legal assume uma amplitude inigualável e um significado ímpar como postulado que traduz uma série de garantias hoje devidamente especificadas e especializadas nas várias ordens jurídicas.

Constata-se assim que o direito à prova, em uma visão ampliada, corresponde a um princípio voltado à segurança constitucional dos processos, cabendo, desse modo, a necessidade de ser aplicável também em matéria de direito processual civil, visando à busca da verdade e à convicção sobre os fatos levados a juízo.

#### **1.4 A inserção da prova no procedimento comum: uma fase própria para a produção de prova**

Dentre as mudanças e inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, está a divisão que o novel ordenamento trouxe ao regulamento das espécies de procedimentos, os quais

foram divididos em duas espécies, chamadas de procedimento Comum e procedimento Especial, sendo considerado o primeiro como o procedimento-padrão, quando não previsto dentro da aplicação de procedimento especial.

No tocante ao procedimento comum, temos por entendimento doutrinário a sua divisão em quatro fases, que são denominadas como: fase postulatória, fase de saneamento, fase instrutória e fase decisória.

Com relação à produção de provas e à sua inserção no procedimento comum, Theodoro Jr (2016, p. 745) explica que a fase instrutória:

Destina-se à coleta do material probatório, que servirá de suporte à decisão do mérito. Reconstituem-se por meio dela, no bojo dos autos, os fatos relacionados à lide. É a de contornos menos definidos, as partes já começam sua atividade probatória com a inicial e a contestação, momentos em que, de ordinário, devem produzir a prova documental (NCPC, art. 434). Saneado o processo, porém, surge um momento em que os atos processuais são preponderantemente probatórios: é o da realização das perícias e o da primeira parte da audiência de instrução e julgamento, destinada ao recolhimento dos depoimentos das partes e testemunhas.

Vale destacar assim que, embora a fase instrutória seja uma fase própria e específica para a produção de prova no processo comum, não significa dizer que este seja o único momento para que sejam realizadas as atividades probatórias.

## 2 A produção de prova antecipada

O Código de Processo Civil de 1973 trazia a previsão de produção de prova antecipada através de seus arts. 846 até o 851, os quais tratavam sobre esse procedimento de forma cautelar, ao qual era cabível apenas mediante a ocorrência de *fumus bonis iuris* e *periculum in mora*.

Com o advento do Novo Código de Processo Civil em 2015, os procedimentos cautelares em espécies foram extintos e, dentre as inovações trazidas por este novel ordenamento processual, destacamos neste estudo as alterações quanto à sistemática da produção antecipada de provas.

A produção de prova antecipada<sup>8</sup>, pelo art. 381 do Código de Processo Civil, passa a ser admitida nos casos em que:

- I – haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;
- II – a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito;
- III – o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

Dessa maneira, verificando sobre essas inovações, percebemos, como citado por Costa (2019, p. 31), que:

O Código de Processo Civil de 2015 buscou inovar quanto à produção antecipada da prova, isso porque atualmente este procedimento não se restringe aos casos de urgência, podendo ser empregados também para possibilitar a composição amigável do conflito e para impedir ou fundamentar a propositura de uma ação.

Tem-se então que a produção de prova antecipada, disposta agora através dos arts. 381 a 383 do Código de Processo Civil, passa agora a se tratar de uma ação autônoma<sup>9</sup>, trazendo uma nova concepção que vem sendo amplamente estudada pela doutrina, considerando esse novo modelo adotado e as suas formas de emprego e procedimentos correlatos.

<sup>8</sup> “este novo propósito da atividade probatória, que, de certa forma, situa também as partes em destinatárias da prova, tem como objetivo prevenir a propositura de ações infundadas ou fadadas ao insucesso, porque desprovidas de respaldo fático”. ALVIM, Arruda. Notas sobre o projeto de Novo Código de Processo Civil. Revista de Processo, São Paulo; Vol. 191, p. 299, Jan. 2011.

<sup>9</sup> “[...] tem natureza jurídica de ação, ou seja, decorre do direito constitucional subjetivo de demandar prestação jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF) para um fim pontual e específico: obter acesso à prova, como direito material de cunho satisfativo”. LIPPMANN, Rafael Knorr. A “inérita” tutela do direito material (e autônomo) de acesso à prova. Disponível em: <http://www.emap.com.br/Nucleo%20de%20Pesquisas%20Avancadas%20da%20EMAP/>>. Acesso em: 23 out. 2019.

## 2.1 O procedimento da produção antecipada de prova

Com relação ao procedimento da produção antecipada de prova, destacamos o art. 382 do Código de Processo Civil que, ao tratar sobre esse novo procedimento autônomo e com relação à petição apresentada pelo requerente, dispõe que o mesmo “apresentará as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova e mencionará com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair”.

Quanto aos demais procedimentos contidos nos parágrafos referentes ao art. 382 do Código de Processo Civil, tem-se que:

§ 1º O juiz determinará, de ofício ou a requerimento da parte, a citação de interessados na produção da prova ou no fato a ser provado, salvo se inexistente caráter contencioso.

§ 2º O juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inoccorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas.

§ 3º Os interessados poderão requerer a produção de qualquer prova no mesmo procedimento, desde que relacionada ao mesmo fato, salvo se a sua produção conjunta acarretar excessiva demora.

§ 4º Neste procedimento, não se admitirá defesa ou recurso, salvo contra decisão que indeferir totalmente a produção da prova pleiteada pelo requerente originário.

Diante da procedimentalidade anteriormente descrita, uma vez pleiteada a produção antecipada de provas pelo interessado, deve-se proceder à citação de todos os interessados no resultado fático do que ali se produzirá; contudo, o próprio dispositivo esclarece que será na condição de interessado, não como réu, justamente pela característica concedida ao procedimento antecipado, sem um conflito a ser solucionado.

Mesmo que o requerente não realize tal requerimento, o juízo pode fazê-lo de modo oficioso, para garantir que a produção da prova alcance o contraditório necessário para a validade em momento posterior.

No entanto, é pertinente esclarecer que, após a produção antecipada da prova, o juízo não julga qualquer causa, pelo fato de que não há pedido de mérito, não há jurisdição para tanto, somente pela produção daquela prova que se entende



como necessária. Logo, há uma outra concepção na produção antecipada de prova no tocante à atividade do juízo, sem uma deliberação final sobre as consequências jurídicas do fato.

Dessa maneira, é importante delinear quando a produção antecipada de prova será um meio adequado de produção de provas, sem a ampla utilização, como salientam Pissinati e Duarte (2019, p. 77), ao abordarem sobre a temática do procedimento da produção antecipada da prova, ao ressaltarem que:

Apesar de haver um elastecimento da possibilidade de produção da prova antecipada, isso não significa ter sido aberta uma larga avenida sem qualquer condicionamento. Ao contrário, é necessário o atendimento a determinados requisitos que demonstrem a necessidade da tutela jurisdicional e a utilidade dos elementos probatórios a serem objeto de antecipação.

Como citado por Guaragni e Kozikoski (2019, p. 162), em relação à produção antecipada de provas:

Trata-se de uma faculdade da parte escolher o procedimento que, não sendo integralmente inadequado ao propósito da demanda, mais lhe atenda os interesses. Poder-se-á, dessa forma, optar entre uma ação de conhecimento em que a produção antecipada de prova seja feita incidentalmente e antes da apresentação do pedido principal, ou uma ação probatória autônoma, cujo núcleo será o exercício do direito à prova, pura e simplesmente.

Em complemento, também apresentamos com relação ao procedimento da produção antecipada de prova, o entendimento de Talamini (2016, p. 03), de que “é utilizável apenas quando não houver processo em curso, no qual se vá usar a prova. Se tal processo já estiver em curso, e houver a necessidade da antecipação de uma prova (i.e., sua produção antes da fase instrutória), aplica-se o art. 139, VI, do CPC/2015”.

Desse modo, o art. 382, § 3º do Código de Processo Civil de 2015 perde um pouco o sentido, por ser desnecessária a utilização deste rito quando o processo já está em curso, utilizando este para tal fim, com a produção inserida dentro do procedimento que se almeja, como salientado pela citação anterior.

### 3 A produção antecipada de prova como alteração da ordem procedimental

Como visto nos tópicos anteriores, no procedimento de produção antecipada de prova, o juiz que irá receber esse pedido não fica prevento para uma ação principal, nem cabe uma sentença ou o juízo de valoração da prova, cabendo às partes definir o que será feito com as provas, passando nesse caso a ideia das partes como destinatárias da prova, alterando-se a concepção usual e tradicional de que o juízo é o único destinatário da prova.

Observa-se, dentro dos apontamentos efetuados que a produção antecipada de provas, que se trata de um procedimento que independe de um processo principal e da formação de uma lide, visando apenas ao reconhecimento de uma prova. Há autonomia e vida processual própria para a produção antecipada de prova, como um meio para que a parte interessada tenha a ciência legal da relação entre o fato e a prova, sem a necessidade, ainda, de que haja um pedido de jurisdição específica sobre a consequência jurídica do fato ali descrito e que se pretende provar o seu acontecimento ou modo de acontecimento.

Conforme nos ensinam Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 317-318):

Note-se, por isso, que sequer é necessário que o interessado indique para qual 'eventual demanda futura' essa prova se destina. Basta que presente, em seu requerimento, razão suficiente (amoldada a um dos casos do art. 381) para a obtenção antecipada da prova. Por isso, qualquer pessoa que possa apontar uma das causas do art. 381, tem legitimidade para postular a medida em estudo, seja ou não parte em outra demanda judicial futura.

Assim como anteriormente citado, um dos fatores para que a mudança na sistemática de produção antecipada de provas seja considerada positiva é a própria busca pela celeridade e efetividade processual, uma vez que, ao permitir-se que esse procedimento seja possível, percebemos, desde logo, a prestação jurisdicional daquela parte da demanda, ainda que não seja de cunho meritório.

Qual o sentido de que haja um pleito de jurisdição, com um pedido e formalização do objeto do processo, se o pretenso re-

querente ainda detém dúvidas sobre o fato que permeia sua causa de pedir? A produção antecipada de prova possibilita, nos moldes da sua concepção no novel ordenamento, que seja utilizada como meio preparatório em sentido mais amplo do que outrora era.

Guaragni e Kozikoski (2019, p. 162), ao abordarem essa temática, também mencionam:

A produção antecipada de provas (art. 381 a 383, do CPC) também se prestará à antecipação de qualquer meio de prova, porém, tendo em vista o caráter autônomo do procedimento, não será necessária a formulação de pedido principal. A pretensão do demandante se limitará à produção da prova, no intuito de ver satisfeito seu direito à prova, podendo o feito assumir natureza voluntária ou contenciosa, ficando a sucumbência condicionada ao caso.

Percebemos assim a produção antecipada de prova como uma alteração da ordem procedimental, onde se permite à parte, mediante a verificação da obtida, uma pluralidade de opções quanto à destinação que a mesma terá.

Se o requerente litigava com uma postulação e posterior busca pela instrução, com dúvidas sobre os fatos que fundam o direito ali vindicado, a possibilidade de produção antecipadamente à prova antes de um real litígio altera a concepção construtiva do procedimento comum brasileiro, em uma autêntica inversão de fases procedimentais.

Nos ensinamentos de Didier Jr (2019, p. 191), vemos que:

A autonomia do processo de produção antecipada de prova dispensa, inclusive, a propositura de futura demanda com base na prova que se produziu. A produção da prova pode servir, aliás, exatamente como *contra-estímulo* ao ajuizamento de outra ação; o sujeito percebe que não tem lastro probatório mínimo para isso; nesse sentido, a produção antecipada de prova pode servir como freio à propositura de demandas infundadas.

Assim, dentro dessa pluralidade de opções, observando as possibilidades de alterações da ordem procedimental na fase de conhecimento e analisando a possibilidade de diversas situações em que se aplica a produção antecipada de provas conforme as inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, há a possibilidade de produção antecipada de provas para uma possível autocomposição, bem como para que se analise a proposição ou não de uma posterior demanda, além de poder servir em regime de urgência.

Desse modo, há um leque de viabilidades e utilizações maiores do que outrora e, dessa maneira, permitem ao requerente a escolha por, primeiro, entender o impacto do fato, o seu teor probante e probatório e, posteriormente, se for o caso, propor ação.

Percebemos, ainda, a importância quanto ao estudo dos impactos processuais trazidos pela produção antecipada de provas como fator de alteração da ordem procedimental na fase de conhecimento.

Assim, a produção de prova que, no processo de conhecimento em sua forma ordinária, está inserida na fase instrutória (1 – Postulatória; 2 – Saneadora; 3 – Instrutória; 4 – Decisória), pode também ser requerida de forma antecipada, em processo autônomo e independente da iniciação de um processo principal de formação de lide.

A produção antecipada de provas apresenta-se, assim, como uma melhoria para a ordem procedimental na fase de conhecimento, apresentando alterações das fases internas da fase de conhecimento e tornando-se um instrumento processual que visa a contribuir com uma maior efetividade e alcance do objetivo de melhoria na prestação jurisdicional.

Há, desde logo, para a parte, a opção entre seguir a forma-padrão contida no processo de conhecimento para o procedimento de produção de provas e a opção de inverter a ordem procedimental.

Trazendo a produção de prova para antes de se iniciar um processo de lide, percebemos assim a alteração da ordem procedimental-padrão no processo de conhecimento, passando a seguir a ordem de: 1 – Produção de provas, 2 – Postulação e 3 – Decisão.

## **Conclusão**

Através do presente estudo, verificamos uma síntese sobre os aspectos legais e alcances da produção antecipada de provas

como fator de alteração da ordem procedimental na fase de conhecimento no Código de Processo Civil de 2015 e a inserção da prova no procedimento comum.

Diante da temática exposta ao presente tema proposto, com base em conceitos gerais, pesquisas, na análise documental e dos textos angariados, este estudo primou por realizar comparações com a finalidade de verificar semelhanças e explicar divergências entre institutos e conceitos científicos específicos delimitados no decorrer do trabalho.

Ao realizar uma pesquisa acerca da produção antecipada de provas, diante das inovações trazidas à luz do Código de Processo Civil de 2015, analisamos as suas possibilidades de utilização, requisitos e dimensão processual, desde a sua positivação e a implicação na sua utilização, com o intuito de propor uma sistematização do instituto frente à sua complexidade prática processual.

Pudemos, ainda, obter algumas informações e explicações com o propósito de desenvolver, conhecer e analisar as principais contribuições teóricas existentes sobre os assuntos delineados no presente estudo, discorrendo sobre as perspectivas dos problemas apresentados e chegando às conclusões específicas sobre o tema, com base no questionamento inicial sobre a alteração na ordem das fases internas da fase de conhecimento pela produção antecipada de provas.

Percebemos, assim, a necessidade de tratarmos sobre as mudanças processuais realizadas pelo Código de Processo Civil de 2015 no tocante à produção antecipada de provas, sobre a alteração da ordem procedimental na fase de conhecimento em função da produção antecipada de provas, bem como quanto aos impactos processuais trazidos pela produção antecipada de provas como fator de alteração da ordem procedimental na fase de conhecimento.

Destacou-se, ainda, a necessidade de se estabelecer um diálogo com as anteriores formas positivadas para produção antecipada de provas, definindo novos marcos funcionais sobre essa temática e apreciar as características, a natureza jurídica, os efeitos e as novidades da produção antecipada de provas e a relação com a ordem procedimental na fase de conhecimento.

Ao observarmos as possibilidades de alterações da ordem procedimental na fase de conhecimento, bem como a possibilidade de diversas situações em que se aplica a produção antecipada de provas – conforme as inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015, é possível analisarmos as implicações da alteração da ordem das fases internas da fase de conheci-

mento e a necessidade de sistematização processual e, também, estabelecer a nova concepção da produção antecipada de prova trazida pelo novo Código.

Partimos assim da premissa na qual a produção de prova que, no processo de conhecimento em sua forma ordinária, está inserida na fase instrutória (1 – Postulatória; 2 – Saneadora; 3 – Instrutória; 4 – Decisória), pode também ser requerida de modo antecipado, em processo autônomo e independente da iniciação de um processo principal de formação de lide.

Sendo assim, há, desde logo, para a parte, a opção entre seguir a forma-padrão contida no processo de conhecimento para o procedimento de produção de provas e a opção de inverter a ordem procedimental, trazendo a produção de prova para antes de se iniciar um processo de lide, alterando assim a ordem procedimental-padrão no processo de conhecimento, passando a seguir a ordem de: 1 – Produção de provas, 2 – Postulação e 3 – Decisão.

Dessa maneira, entendemos a produção antecipada de provas como uma melhoria para a ordem procedimental na fase de conhecimento, sendo um instrumento processual para a maior efetividade da prestação jurisdicional, apresentando alterações das fases internas da fase de conhecimento, otimizando o alcance do objetivo da melhoria na prestação jurisdicional e, conseqüentemente, trazendo impactos em diversos institutos processuais.

## Referências

ALVIM, Arruda. Notas sobre o projeto de Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo; Vol. 191, p. 299, Jan. 2011.

CÂMARA, Freitas, Alexandre. **O Novo Processo Civil brasileiro**. 4ª ed. Atlas, 2018. [Minha Biblioteca]. Retirado de <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597014426/>>.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Líder, 2002.

COSTA, Ana Carolina Pazin. **Da Produção Antecipada da Prova como Modelo Autônomo no Código de Processo Civil de 2015**. In: *Produção Antecipada da Prova: Questões Relevantes e Aspectos Polêmicos*. 2. ed. Editora Thoth. 2019.

CHIOVENDA, Giuseppe. *apud* FONSECA, João Francisco Naves da. **Exame dos fatos nos recursos extraordinário e especial**. Ed. Saraiva, 2012.

- DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do processo e processo de conhecimento**. Vol 1. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2006.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de processo civil**. Vol. 2. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- DIDIER JR, Fredie. **Produção Antecipada de Prova**. In: *Produção Antecipada da Prova: Questões Relevantes e Aspectos Polêmicos*. 2. ed. Editora Thoth. 2019.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. III. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução do estudo do direito**. São Paulo: Atlas, 1991.
- GUARAGNI, Giovanni Vidal; KOZIKOSKI, Sandro Marcelo. **Produção Antecipada de Prova ou Ação Autônoma de Exibição de Documento: A Controvérsia sobre a Prova Documental no CPC/2015**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 13. Volume 20. Número 3.
- LIPPMANN, Rafael Knorr. **A “iné dita” tutela do direito material (e autônomo) de acesso à prova**. Disponível em: <<http://www.emap.com.br/Nucleo%20de%20Pesquisas%20Avançadas%20da%20EMAP/>>. Acesso em: 23 out. 2019.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos mediante Procedimento Comum**. Vol. II. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- MARQUES, José Frederico. **Da Fase Introdutória. Manual de Direito Processual Civil**. Vol. 2. 9. ed. Campinas/SP. Millennium Editora Ltda. 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo; Saraiva, 2015
- MITIDIERO, Daniel. **Processo Justo, Colaboração e Ônus da Prova**. Rev. TST, Brasília, vol. 78, nº 1, jan/mar 2012.
- NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 1. ed. Salvador/BA. JusPodivm, 2016.
- PISSINATI, Aniele; DUARTE, Radson Rangel F. **Produção Antecipada da Prova no Processo do Trabalho**. In: *Produção Antecipada da Prova: Questões Relevantes e Aspectos Polêmicos*. 2. ed. Editora Thoth. 2019.
- TALAMINI, Eduardo. **Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015**. Revista de Processo, vol. 260/2016, Out. 2016.
- TARUFFO, Michele. **A prova**. Tradução: João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum – vol. I. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Reflexões sobre a cumulação subsidiária de pedidos. **Revista dos Tribunais** (São Paulo). Vol. 786, Abril/2001.



# **A legitimidade da garantia de alienação fiduciária de imóvel nos contratos regidos pela Lei nº 9514/97**

**Guilherme Lohmann Togni**

*Advogado da CAIXA no Rio Grande do Sul  
Mestre em Direito pela Universidade de Passo Fundo  
Especialista em Direito do Estado pela Universidade  
Federal do Rio Grande do Sul  
Professor das Faculdades João Paulo II –  
Campus Passo Fundo*

**Kátia Miglioli Castro**

*Bacharel em Direito pelas Faculdades  
João Paulo II – Campus Passo Fundo*

## **RESUMO**

O presente estudo tem como finalidade discutir a legitimidade da garantia de alienação fiduciária de imóveis em contratos de mútuo sem destinação específica para construção ou aquisição do bem. Para tanto, aborda os princípios contratuais correlatos ao problema de pesquisa, autonomia privada e boa-fé objetiva. Estuda-se a proteção constitucional atribuída ao bem de família. Ainda, apresenta os principais aspectos do instituto da alienação fiduciária, a partir de sua regulamentação legal na Lei nº 9.514/97. Por fim, analisa a jurisprudência do STJ acerca do tema.

Palavras-chave: Alienação fiduciária. Bem de família. Boa-fé objetiva. Autonomia privada.

## **ABSTRACT**

The purpose of this paper is to discuss the legitimacy of the guarantee of chattel mortgage of real estate in loan agreements without specific destination for construction or acquisition of the property. To this goal it addresses the contractual principles related to the research problem, private autonomy and objective good faith. The constitutional protection attributed to the family good is also studied. It also presents the main aspects of the institute of fiduciary

alienation, based on its legal regulation in Law 9.514 / 97. Finally, it analyzes the jurisprudence of the STJ on the subject.

Keywords: Fiduciary alienation. Family good. Objective good faith. Private autonomy.

## Introdução

O presente trabalho tem como problema de pesquisa a legitimidade da alienação fiduciária de bem imóvel residencial nos casos em que a cláusula é estipulada para garantir contratos sem a destinação específica para a construção ou aquisição do imóvel.

Para a realização da pesquisa, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, partindo-se das seguintes hipóteses: é legítima a garantia de alienação fiduciária oferecida voluntariamente pelo mutuário, ainda que o imóvel reúna as características de bem de família, sendo considerado atentatório à boa-fé objetiva o argumento em contrário; ainda que oferecida voluntariamente, a garantia de alienação fiduciária viola a proteção constitucional e legal conferida ao bem de família e, nesse sentido, por infringir normas de ordem pública, é ilegítima.

Para resolver tal questão, aprofunda-se, no primeiro tópico, o estudo dos princípios contratuais que poderão contribuir para a discussão proposta, a saber, a autonomia privada e a boa-fé objetiva, em especial, a modalidade "*nemo venire contra factum proprium*".

Na sequência, estuda-se o instituto da alienação fiduciária, a partir da sua regulamentação pela Lei nº 9.514/97, destacando-se a definição contida no seu artigo 22, que estabelece que alienação fiduciária é o "negócio jurídico pelo qual o devedor, com escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, da propriedade resolúvel de coisa imóvel".

No último tópico, analisa-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) acerca do tema, no sentido de verificar se uma das hipóteses apresentadas inicialmente tem sido confirmada na prática dos tribunais, bem como concluir qual é a posição majoritária da corte acerca do tema.

## 1 Princípios contratuais da autonomia privada e da boa-fé objetiva

Tendo como objeto de pesquisa o tema a alienação fiduciária em contratos mútuos garantidos por alienação fiduciária, mas

sem a finalidade específica de financiamento do próprio imóvel, bem como considerando os argumentos levados à apreciação do Poder Judiciário em ações que discutem a questão, o presente trabalho parte da análise dos princípios contratuais autonomia privada e a boa-fé objetiva. Considera-se, outrossim, que a compreensão desses conceitos é fundamental para delinear o alcance das hipóteses de pesquisa propostas, na medida em que, de um lado, o argumento é o de que a legitimidade da garantia de alienação fiduciária de imóvel estaria amparada pelo reconhecimento de que seu oferecimento está lastreado na autonomia da vontade, e eventual insurgência do proponente ofenderia a boa-fé objetiva; de outro, a ilegitimidade adviria de possível violação aos limites à livre manifestação de vontade decorrentes do reconhecimento da autonomia privada.

Nesse sentido, inicialmente, aborda-se o conceito de autonomia privada, diferenciando-o da noção de autonomia da vontade e autonomia privada, e, posteriormente, discute-se o conceito da boa-fé objetiva e suas modalidades.

## 1.1 Princípio da autonomia privada

De acordo com Tartuce (2017, p.628), é inafastável a importância da vontade sobre o instituto do contrato, na medida em que este é o negócio jurídico por excelência, sendo uma conquista histórica o reconhecimento do “respeito à palavra dada” como fonte obrigacional.

Como consequência desse reconhecimento, entendeu-se, inicialmente, por se atribuir predominância à vontade como elemento formativo das relações contratuais. Segundo Gonçalves (2019), o princípio da autonomia da vontade teve seu ápice na Revolução Francesa, quando a individualidade de cada homem foi predominante, até no campo contratual, onde o Estado não intervia nos contratos realizados, deixando às partes interessadas a liberdade para escolher com quem o contrato seria celebrado e quais pactos seriam ajustados. Essa liberdade é chamada de autonomia da vontade (Gonçalves, 2019, p. 40-41).

Gonçalves explica:

Essa liberdade abrange o direito de contratar se quiserem, com quem quiserem e sobre o que quiserem, ou seja, o direito de contratar e de não contratar, de escolher a pessoa com quem fazê-lo e de estabelecer o conteúdo do contrato. (Gonçalves, 2016, p. 737)

Atualmente, uma parcela significativa da doutrina propõe a substituição da noção de autonomia da vontade pelo princípio da autonomia privada, reconhecendo-se a existência de outros fatores como relevantes para a formação do contrato. Nesse sentido, Tartuce (2017, p.620-633) afirma que a vontade perde parte da importância que exercia no passado para a formação dos contratos, e outros critérios, de cunho particular (fatores psicológicos, econômicos, sociais) e imposições estatais ou legais (a exemplo do Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil) entram em cena para a concretização do instituto.

Para Amaral (2003), existe diferença conceitual entre autonomia da vontade e autonomia privada, sendo a primeira uma demonstração de “liberdade individual”, e a última, “um poder de criar nos limites da lei”.

Martins-Costa (2018) elucida que a diferença entre autonomia da vontade e privada é constantemente confundida, conceituando a autonomia privada como “poder de autorregulamentação, constituindo um fundamento da ação jurídico-privada”. Além disso, complementa citando que “autonomia não é átomo, é a aptidão a dar-se regras numa ordem social juridicamente numa ordem de relações jurídicas”.

De acordo com Tartuce (2017, p. 620-633), o princípio da autonomia privada traz limitações, principalmente relacionadas com a formação e o reconhecimento da validade dos negócios jurídicos, sem, no entanto, eliminar totalmente a autonomia privada ou a liberdade contratual, mas apenas reduzindo o seu alcance.

Nesta senda, entende-se que a noção de autonomia privada decorre da dupla liberdade da pessoa, a saber, a liberdade de contratar e liberdade contratual. Para Gagliano (2018, p.58), a primeira corresponde à possibilidade de celebrar contratos com determinada pessoa, ou seja, o poder de escolha com quem o contrato será realizado. O segundo, é a capacidade de ajustar as cláusulas contratuais conforme a necessidade. (Gagliano, 2018, p. 58)

Portanto, é dessa dupla liberdade (liberdade contratual e liberdade de contratar) que decorre a autonomia privada. Atualmente, porém, a manifestação da vontade exercida no exercício da liberdade contratual, como aponta Gonçalves (2016), sofre limitação pelo princípio da supremacia pública, que dita que deve prevalecer o interesse da sociedade perante o interesse individual.

Essa intervenção estatal seria uma forma de controlar as empresas, para assim não estabelecer no contrato cláusulas abusivas em cima daquele que está contratando, tendo em vista a superioridade financeira do contratado. Geralmente, tal contrato de adesão é visto em contratos do Direito do Consumidor (Branco, 2000).

Gonçalves (2016) afirma que as limitações ao contratar têm aumentado consideravelmente, ainda cita três aspectos em que se pode observar essas limitações:

A faculdade de contratar e de não contratar (de contratar se quiser) mostra-se, atualmente, relativa, pois a vida em sociedade obriga as pessoas a realizar, frequentemente, contratos de toda espécie, como o de transporte, de compra de alimentos, de aquisição de jornais e de fornecimento de bens e serviços públicos (energia elétrica, água, telefone etc.). O licenciamento de um veículo, por exemplo, é condicionado à celebração do seguro obrigatório. O Código de Defesa do Consumidor dispõe que o fornecedor de produtos e serviços não pode recusar atendimento às demandas dos consumidores, na medida de suas disponibilidades de estoque e em conformidade com os usos e costumes (art. 39, II). Também a liberdade de escolha do outro contraente (de contratar com quem quiser) sofre, hoje, restrições, como nos casos de serviços públicos concedidos sob regime de monopólio e nos contratos submetidos ao Código do Consumidor. E, em terceiro lugar, o poder de estabelecer o conteúdo do contrato (de contratar sobre o que quiser) sofre também, hodiernamente, limitações determinadas pelas cláusulas gerais, especialmente as que tratam da função social do contrato e da boa-fé objetiva, do Código de Defesa do Consumidor e, principalmente, pelas exigências e supremacia da ordem pública. (GONÇALVES, 2016, p. 738)

Nesta senda, a análise contemporânea da relevância da vontade para a formação e o reconhecimento da legitimidade dos contratos deve-se dar em conjunto com as considerações afetas à função social do contrato, conforme preceitua o artigo 421 do Código Civil.

Para Rizzardo (2019, p. 19), “o princípio da autonomia da vontade passou a se subordinar a função social do contrato”, complementando que, assim, “o interesse público deve prevalecer sobre o privado”.

Aponta Tartuce (2019) que a “função social dos contratos visa à proteção da parte vulnerável da relação contratual”. Sob tal ponto, há de se analisar que é o mesmo objetivo do princípio da autonomia privada. Para o autor, a “real função do contrato não é a segurança jurídica, mas sim, atender os interesses da pessoa humana”.

Além disso, Tartuce (2019) complementa que a função social do contrato se vincula à função social da propriedade e da dignidade humana.

De todo o exposto, tem-se que, atualmente, a vontade segue prestigiada como elemento preponderante na formação dos contratos, na medida em que, como afirma Tartuce (2017, p.629), o direito à contratação é inerente à própria concepção de pessoa humana. Todavia, são reconhecidos outros elementos que igualmente têm peso para a celebração e validade dos contratos, de modo que essa liberdade poderá ser exercida desde que respeitados esses fatores, decorrentes da função social do contrato.

Neste sentido, pode-se ainda diferenciar autonomia da vontade de autonomia privada, sendo a primeira a faculdade de contratar com quem for a outra parte, e autonomia privada, a liberdade de contratar, entretanto, observados os limites legais, o que importará para a discussão aqui proposta.

## 1.2 Princípio da boa-fé objetiva

Outro princípio contratual que importa ao presente estudo é o da boa-fé objetiva, na medida em que deve ser analisada a conduta daquele que, após firmar o contrato, busca eximir-se de parte das obrigações assumidas.

De acordo com Tartuce (2017, p. 642-643), uma das alterações introduzidas pelo Código Civil de 2002 refere-se à previsão expressa do princípio da boa-fé contratual, que não havia no CC de 1916. A boa-fé anteriormente era relacionada com a intenção do sujeito de direito, estudada quando da análise dos institutos possessórios, conceituada como boa-fé subjetiva, pois mantinha relação direta com aquele que ignorava um vício com a pessoa, bem ou negócio.

Com efeito, com a positivação, entende-se que o instituto alcança nova compreensão no direito brasileiro.

Nessa senda, como assevera Gagliano (2018), é possível identificar duas categorias do princípio: boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva. O autor conceitua a boa-fé subjetiva como um estado de ânimo, elemento psicológico do negócio jurídico, que age sem ter o conhecimento da situação, conforme o texto transcrito:

Em geral, esse estado subjetivo **deriva do reconhecimento da ignorância do agente a respeito de determinada circunstância**, como ocorre na hipótese do possuidor de boa-fé que desconhece o vício que macula a sua posse. Nesse caso, o próprio legislador, em vários dispositivos, cuida de ampará-lo, não fazendo o mesmo, outrossim, quanto ao possuidor de má-fé (arts. 1.214, 1.216, 1.217, 1.218, 1.219, 1.220, 1.242, do CC/2002). (Gagliano, 2018, p. 89, grifo nosso).

Além disso, o mesmo autor conceitua boa-fé objetiva como instituto em razão do qual as partes contratantes restam obrigadas a adotar determinados padrões de conduta durante todas as fases do contrato.

Gonçalves (2018) diferencia a boa-fé objetiva da boa-fé subjetiva, sendo aquela “a concepção ética da boa-fé” e esta como “concepção psicológica”.

Por seu turno, Theodoro Júnior (2014) conceitua a boa-fé subjetiva como o “estado de espírito do agente frente à situação que envolve o fato ou negócio jurídico” e a objetiva como o homem deve agir em determinadas situações.

De acordo com Gonçalves (2018), “o princípio da boa-fé exige que as partes se comportem de forma correta não só durante as tratativas, como também durante a formação e o cumprimento do contrato”.

Azevedo (2019) aponta que a boa-fé “deve existir, ante a lealdade, a honestidade e a segurança, que se devem os contratantes, nas tratativas negociais, na celebração, na execução e na extinção do contrato”.

Ao abordar a boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor, Martins-Costa (2018) explica que há relações obrigacionais assimétricas às relações onde há posições contratuais desiguais. Ainda, complementa que a assimetria pode ser pelo poder ou pela vulnerabilidade, concluindo que, para amenizar tal desigualdade, o princípio da boa-fé objetiva consta a função corretora, para assim promover uma equi-

paração entre as partes do contrato, esta função dá limite ao exercício jurídico.

Rizzardo (2019) retrata a boa-fé objetiva como os contratantes devem agir, sendo por meio da “lealdade, da confiança recíproca, da justiça, da equivalência das prestações e contraprestações, da coerência e da clarividência dos direitos e deveres”.

No que diz respeito à boa-fé objetiva, Martins-Costa (2018) menciona que não é estar de boa-fé, complementa que tal análise é de modo dificultoso, a saber, se o indivíduo agiu de forma que o princípio preceitua, pois é, de certa maneira, um conceito vago. Continua explicando:

O agir segundo a boa-fé objetiva concretiza as exigências de probidade, correção e comportamento leal hábeis a viabilizar um adequado tráfico negocial, consideradas a finalidade e a utilidade do negócio em vista do qual se vinculam, vincularam, ou cogitam vincular-se, bem como o específico campo de atuação em que situada a relação obrigacional. (MARTINS-COSTA, 2018, p.43)

No direito positivo brasileiro, o princípio da boa-fé vem expresso no CC, no CDC e CPC. O Código Civil expressamente acolhe a boa-fé como princípio nos artigos 113, 422 e 187 do Código Civil de 2002. No Código de Defesa do Consumidor, é preceituado o princípio da boa-fé no artigo 4º, inciso III. No Código de Processo Civil de 2015, foi fundamentado o princípio nos artigos 5º e 6º. Ainda no Código do Processo Civil, em seu artigo 489, podemos visualizar o princípio da boa-fé. Nele, coloca-se a necessidade de o juiz respeitar tal princípio no momento em que relatar a sentença.

Ao elencar os artigos que mencionam o princípio, Martins-Costa aponta algumas especificidades, além, de suas respectivas funções:

Em vista das normas do Código Civil de 2002, a boa-fé objetiva se põe, expressamente, como metro para a aferição da licitude no exercício de direitos derivados de negócios jurídicos (art. 187); como cânone de interpretação dos negócios (art. 113); e como cláusula geral dos contratos, servindo à sua integração (art. 422). (MARTINS-COSTA, 2018, p. 45)



Portanto, ao analisar a legislação brasileira, podemos verificar que, de modo esparso, encontramos o princípio da boa-fé objetiva legislado, sendo de extrema importância a compreensão da função. Foram estudadas as doutrinas de diversos autores para assim se ter um conhecimento acerca do assunto, tratando-as a seguir.

A boa-fé objetiva tem algumas funções perante os contratos, quais sejam, conforme Gagliano (2018) cita: “a) função interpretativa e de colmatação; b) função criadora de deveres jurídicos anexos ou de proteção; c) função delimitadora do exercício de direitos subjetivos”.

A função interpretativa está prevista no artigo 113, que preceitua que todos contratos, ao serem redigidos e lidos, devem ser interpretados colocando a boa-fé em primeiro lugar. Tartuce (2019, p.102) expõe: “Nesse dispositivo, a boa-fé é consagrada como meio auxiliador do aplicador do direito para a interpretação dos negócios, particularmente dos contratos”.

A segunda função do princípio da boa-fé, refere-se à função criadora de deveres jurídicos, também conhecida como função integrativa, é elencada no artigo 422 do Código Civil.

Por último, a função delimitadora do exercício de direitos subjetivos, chamada de função de controle, tipificada no artigo 187 do Código Civil, seria para controlar o abuso do direito. Tartuce (2019, p. 103) minuciosa que “o abuso de direito é cometido por aquele que contraria a boa-fé”, em conformidade com Gagliano, que explica tal função como “é o exemplo do dispositivo contratual que preveja a impossibilidade de se aplicarem as normas da teoria da imprevisão (da onerosidade excessiva) em benefício da parte prejudicada”.

Na visão de Theodoro (2014), a função integrativa “estabelece-se a obrigação acessória de agir segundo os princípios de probidade e boa-fé, independentemente da previsão dessa conduta nas cláusulas do contrato”.

Como citado anteriormente, é substancial, ao falar do princípio da boa-fé objetiva, ter conhecimento sobre os institutos *supressio*, *surrectio*, *tu quoque*, *exceptio doli* e *venire contra factum proprium*.

Tartuce (2019) destaca que tais conceitos são utilizados como função integrativa do princípio. Ainda, complementa conceituando *supressio* como a renúncia tácita de um direito pelo seu não exercício.

Já Gagliano (2018) expõe que *supressio* consiste na “perda de um direito pela falta de seu exercício por razoável lapso

temporal", complementando que seria um comportamento omissivo.

Diferenciando de *surrectio*, que seria o surgimento de um direito devido aos costumes e práticas de acordo com Tartuce (2019), mesma visão do autor Gagliano (2018), que expõe que a *surrectio* é o outro lado da moeda da *supressio*.

Outrossim, Gonçalves (2019) aponta que o instituto *surrectio* acarreta o nascimento de um direito em razão da continuada prática de certos atos.

Continuando os estudos referentes aos desdobramentos do princípio da boa-fé objetiva, Tartuce (2019) complementa referindo-se ao *tu quoque*, quando o contratante viola uma norma jurídica, não podendo, desta forma, se beneficiar da violação. Gonçalves, em sua doutrina, salienta que o desdobramento *tu quoque* veda que alguém faça contra o outro o que não faria contra si mesmo. Gagliano (2018), por sua vez, aponta que tal instituto aparece também quando a parte não cumpre sua obrigação no contrato, não podendo, assim, exigir da outra parte a contraprestação.

Ao falar de *exceptio doli*, Tartuce (2019) conceitua como a "defesa do réu contra ações dolosas, contrárias à boa-fé" enquanto Gagliano (2018) suatenta que tal desdobramento consiste em "sancionar condutas em que o exercício do direito tenha sido realizado com o intuito, não de preservar legítimos interesses, mas, sim, de prejudicar a parte contrária".

Temos também o desdobramento com a máxima *venire contra factum proprium*, a expressão latina significa proibição de comportamento contraditório, sendo uma má-fé objetiva, conforme expõe Venosa (2018), em sua doutrina, ainda, complementa que tal comportamento se apresenta como uma conduta ilícita.

Gagliano (2018) conceitua como a vedação do comportamento contraditório, acrescenta que o instituto proíbe que uma pessoa "pratique determinado ato ou conjunto de atos e, em seguida, realize conduta diametralmente oposta".

Com igualdade, Tartuce (2019) alude em sua doutrina que "determinada pessoa não pode exercer um direito próprio contrariando um comportamento anterior, devendo ser mantida a confiança e o dever de lealdade decorrentes da boa-fé objetiva".

Tais desdobramentos da boa-fé objetiva auxiliam os magistrados a analisar fatos concretos no âmbito judicial (Tartuce, 2019).

De todo o exposto, entende-se que há diferença nas noções de boa-fé objetiva e subjetiva. Por boa-fé objetiva, deve-se

compreender a obrigatoriedade de atendimento a determinados padrões de comportamento por parte dos contratantes, tanto nas fases de tratativa e formação do contrato, quanto por boa-fé subjetiva, um conceito de matriz psicológica acerca da conduta do contratante.

Nesse sentido, a discussão proposta deve ser travada levando-se em conta o conceito de boa-fé objetiva, em especial na modalidade “*nemo venire contra factum proprium*”, em razão do qual se veda o comportamento contraditório do contratante, na medida em que se examina a conduta daquele que, após o oferecimento de bem imóvel em garantia de alienação fiduciária, busca eximir-se de obrigações incidentes por ocasião do inadimplemento, ao argumento da ilegitimidade dessa modalidade de garantia.

## 2 Alienação fiduciária de imóvel

Para continuar a discussão referente à legitimidade da alienação fiduciária de bem imóvel, neste tópico será analisado o instituto da alienação fiduciária, a partir do histórico de sua previsão legal no Brasil, sua definição doutrinária e legal estipulada na Lei nº 9514/97, bem como o procedimento de consolidação da propriedade de imóvel.

### 2.1 Conceito e disciplina legal

De acordo com Chalhub (2019), o instituto “alienação fiduciária” foi instituído no Brasil oficialmente em 1965, com a Lei nº 4.728, a chamada Lei de Mercado de Capitais, embora, antes disso, ter tido uma tentativa com o projeto de Lei nº 3.362, de 1957. Todavia, a Lei de 1965 acolheu apenas os bens móveis para fins de garantia real, vindo somente em 1997, com a Lei nº 9.514, ser incluída a garantia de alienação fiduciária de bens imóveis em financiamentos imobiliários, e tão somente em 2004, pela Lei nº 10.931, começou a ser aceito em outros tipos de operações financeiras diversas.

O instituto “alienação fiduciária em garantia” foi estabelecido primeiramente nas vendas de eletrodomésticos e carros e, mais tarde, tentando abranger o comércio brasileiro, começou a ser usado na garantia de vendas de imóveis (Martins, 2019).

De acordo com Coelho (2017), por alienação fiduciária, entende-se o negócio em que uma das partes (fiduciante), proprietária de um bem, aliena-o em confiança para outra (fiduciário),

que, por sua vez, se obriga a devolver-lhe a propriedade do mesmo bem nas hipóteses previstas em contrato.

No direito brasileiro, atualmente, a alienação fiduciária está disciplinada nos seguintes dispositivos legais: artigo 66-B da Lei nº 4.728/65, a qual trata da alienação fiduciária em garantia de contratos celebrados no âmbito do mercado de capitais ou em garantia de créditos fiscais ou previdenciários; Decreto-Lei nº 911/69, norma de natureza processual sobre alienação fiduciária; artigo 17, inciso II da Lei nº 9514/97 e 66-B§4º, os quais tratam da alienação fiduciária de títulos de crédito, denominando-a de cessão fiduciária; artigos 1361 a 1368 do Código Civil, que estabelecem sobre a propriedade fiduciária de bens móveis; artigos 22 a 33 da Lei nº 9514/97, os quais regulam a alienação fiduciária de bens imóveis, objeto do presente estudo.

A alienação fiduciária de bens imóveis é objeto de definição no artigo 22 da Lei nº 9.514/97:

Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.

Na fidúcia, “o devedor transmitia a propriedade de um bem para o credor”, de forma que houvesse assim a garantia que o credor receberia aquilo que era devido (LOPEZ, 2004).

Scavone (2018) define como “negócio mediante o qual o devedor (fiduciante) transmite a propriedade imobiliária ao fiduciário (credor), em garantia da dívida assumida pela aquisição de imóvel”.

A alienação fiduciária é considerada por Coelho (2017) sempre um negócio-meio, ou seja, para concretizar o contrato principal, existirá a alienação fiduciária, que seria o contrato acessório. Ainda, o autor conceitua-o como um “contrato instrumental, em que o devedor, para garantia de suas obrigações, aliena ao credor a propriedade de um bem” (Coelho, 2017, p.428).

Calhum (2019) define como um “direito acessório” e aponta que o contrato do empréstimo seria o contrato principal. Sendo assim, “só é transmissível por efeito da transmissão do crédito, de acordo com o princípio o qual o acessório segue o principal”.

Em sentido contrário, Teixeira (2019) não considera um contrato acessório, referindo a alienação fiduciária em garantia como uma cláusula contratual.

Teixeira (2019) conceitua como: “uma garantia em favor de quem financia a venda de bens a prazo” e, ainda, complementa elucidando:

Dessa forma, o bem é alienado em fidúcia (garantia) em favor do financiador-credor (fiduciário), que passa a ter a posse indireta e o domínio resolúvel, independentemente da tradição do bem; enquanto o comprador-devedor (fiduciante) passa a ser possuidor direto e depositário do bem. (TEIXEIRA, 2019, p. 359)

Martins (2019) define a alienação fiduciária como “operação em que, recebendo alguém financiamento para aquisição de bem móvel durável, aliena esse bem ao financiador, em garantia do pagamento da dívida contraída”. Além disso, acrescenta diferenciando as partes no contrato: “A pessoa que recebe o financiamento e aliena o bem em garantia tem o nome de alienante ou fiduciante; o credor ou financiador que adquire o bem em garantia é chamado fiduciário”.

Em suma, a alienação fiduciária em garantia é um contrato acessório, utilizado por aqueles que, ao realizar a aquisição, seja bens móveis ou imóveis, não pode ou não quer pagar à vista, e para viabilizar a compra a crédito, oferece em garantia o bem adquirido para a instituição que lhe deu o empréstimo (Gonçalves, 2016).

Entretanto, Gonçalves faz a seguinte ressalva:

nada impede do fiduciante já seja proprietário de um bem, e, precisando de dinheiro, contrate com o fiduciário no sentido de passar a este a propriedade fiduciária desse bem, para, em contrapartida, receber determinado valor, que será pago em parcelas. (GONÇALVES, 2016, p. 139)

O bem móvel ou imóvel tem especificidade resolúvel, ou seja, ao que o fiduciante quita sua dívida com o fiduciário, resolve-se a propriedade, voltando ao devedor a propriedade do bem alienado (Scavone, 2018).

No presente trabalho, o objeto de pesquisa é o instituto alienação fiduciária em bens imóveis, utilizando especificamente a Lei nº 9.587/97.

Para Dantzger (2010), o instituto alienação fiduciária de bens imóveis foi criado a fim de fomentar o mercado imobiliário, que,

na época, passava por crises, mencionando que o intuito da legislação foi aumentar os investimentos no setor, possibilitando, desse modo, uma “maior solidez do setor imobiliário”. O autor complementa ainda que a alienação fiduciária “oferece ao credor uma garantia que lhe dê a certeza da recuperação do capital investido”.

Ao ser realizado o contrato acessório de alienação fiduciária em garantia, é necessário seguir algumas regras, ou seja, determinados itens são indispensáveis a serem redigidos, é o que estabelece o artigo 24 da Lei nº 9514/97, sobre os quais Scavone (2018) cita: “Seja qual for a escolha, nos termos do precitado artigo, esse instrumento deverá observar os requisitos do art. 24, da Lei 9.514/1997” (SCAVONE, 2018, p. 545).

No mesmo sentido, Martins (2019) elenca os elementos necessários à estimulação de negócio jurídico de Alienação Fiduciária:

Deve o instrumento de alienação fiduciária em garantia conter, além de outros dados julgados necessários para o esclarecimento da operação, **o total da dívida ou sua estimativa, o local e a data do pagamento, a taxa de juros, as comissões cuja cobrança for permitida, e, eventualmente, a cláusula penal** e estipulação da correção monetária, com a indicação dos índices aplicáveis, além da **descrição do bem objeto da alienação fiduciária e os elementos indispensáveis à sua identificação** (entre outros elementos: art. 1.362 do Código Civil; art. 24 da Lei nº 9.514/1997). (MARTINS, 2019, p.153) (grifo nosso)

O tema a ser discutido neste trabalho é exposto por Calhum (2019), que aponta que a alienação fiduciária em garantia de bem imóvel não é restrita ao Sistema de Financiamento Imobiliário, podendo ser utilizada em contratos de empréstimos em geral. Nesse sentido, Calhum (2019) expõe:

a lei que regulamenta essa garantia não tem sentido restritivo, permitindo, ao contrário, que **a propriedade fiduciária de bem imóvel seja constituída para garantia de quaisquer obrigações**, pouco importando o fato de ter sido regulamentada no contexto de uma lei na qual prepondera a regulamentação de operações típicas dos mercados imobiliário, financeiri-

ro e de capitais. São nesse sentido as disposições do § 1º do art. 22 da Lei 9.514/1997, pelo qual a alienação fiduciária pode ser contratada por qualquer pessoa, física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no sistema de financiamento imobiliário, e o art. 51 da Lei 10.931/2004, que permite a constituição de propriedade fiduciária para garantia de quaisquer obrigações, em geral. (CALHUM, 2019, p.256) (grifo nosso)

Além disso, Calhum (2019) refere que o artigo 51 da Lei nº 9514/97 estabelece que a “propriedade fiduciária de imóvel integra o sistema dos direitos reais de garantia”. Dessa maneira, a contratar um crédito, oferecendo em garantia um bem imóvel, o fiduciante dá ao fiduciário a faculdade, caso haver inadimplemento, de vender o bem alienado, extinguindo, assim, o contrato principal (contrato de empréstimo/compra e venda).

O mesmo autor esclarece como ocorrem os procedimentos para caso haver inadimplemento do devedor, sendo dever do Registro de Imóveis realizar as providências cabíveis para notificar o fiduciante, sendo elas expostas no artigo 26 da Lei nº 9.514/97.

Caso, após a notificação de mora, o devedor não efetuar o pagamento do débito, acontece o fenômeno de consolidação da propriedade. Tal procedimento não necessita de intervenção judicial, tendo em vista a natureza resolúvel da propriedade.

O devedor terá 15 dias após a notificação realizada pelo Registro de Imóveis, que, caso não ocorra a purga da mora, registrará a consolidação da propriedade dada em garantia em nome do fiduciário, após este fazer a comprovação de pagamento do imposto de transmissão.

Ao concluirmos este tópico, ressaltamos que, ao não quitar sua dívida, o devedor fica como inadimplente absoluto, e sua propriedade oferecida em garantia, que até o momento era considerada resolúvel, confirma-se agora como propriedade do credor. (Bresolin, 2013)

## **2.2 Contratos de mútuo no Sistema Financeiro da Habitação e no Sistema Financeiro Imobiliário**

Após o estudo acerca do instituto Alienação Fiduciária em garantia de bens imóveis, cumpre analisar no presente tópico os sistemas financeiros nos quais o instituto é utilizado de maneira

predominante, a saber, Sistema Financeiro da Habitação e Sistema Financeiro Imobiliário.

De acordo com Bresolin (2013), o Sistema Financeiro de Habitação foi instituído na legislação brasileira pela Lei nº 4.380/64, enquanto o Sistema Financeiro Imobiliário surgiu com a Lei nº 9.574/97, sendo até a atualidade utilizados.

O Sistema Financeiro de Habitação esteve em máxima utilização nos anos 1970, quando, segundo Bresolin (2013), teve mais de quatrocentas mil unidades residenciais por ano. Ainda, o autor refere que tal instituto teve um declínio no início dos anos 1980, pois a intervenção estatal era feita de forma exagerada, tendo alcance na forma e nos valores pagos pelos mutuários, juntamente com a inflação que acarretava o país na época.

Amaral (2017) afirma que a instauração do Sistema Financeiro Habitacional tinha como propósito estabelecer uma política referente à habitação, realizando, assim, um planejamento territorial, para haver um estímulo no financiamento da casa própria.

No mesmo sentido, Rodrigues (2005) afirma que o Sistema Financeiro Habitacional foi elaborado pelo governo, em 1964, a fim de promover a construção da casa própria. Ainda, complementa citando os componentes como o Banco Nacional da Habitação e as Sociedades de Crédito Imobiliário.

No Sistema Financeiro Habitacional, é possível fazer a utilização de valores do FGTS e da poupança, o que na época de sua instauração, provocou seu grande crescimento. A forma de garantia real dada ao credor no Sistema Financeiro Habitacional era a hipoteca (Bresolin, 2013).

A Resolução nº 4.676 do Banco Central do Brasil, a qual dispõe sobre os Sistemas Financeiros Brasileiros, dispõe em seu artigo 3º o objetivo do Sistema Financeiro Habitacional, e, também, define quais entidades financeiras podem integrar o Sistema.

Ademais, na mesma resolução, em seu artigo 4º, fica definido que o Sistema Financeiro Imobiliário tem como função “promover financiamentos imobiliários em geral”.

Com a decadência do Sistema Financeiro Habitacional, foi instaurado no Brasil o Sistema Financeiro Imobiliário, no qual, diferentemente do primeiro, a garantia real dada ao credor não é a hipoteca, e sim a Alienação Fiduciária, que, como já dito neste trabalho, dá mais segurança ao credor (Rodrigues, 2005).

Bresolin (2013) elenca outras diferenças entre os sistemas, quais sejam, as formas de obtenção de recursos e a baixa intervenção estatal. Ainda, o autor destaca que o objetivo do Siste-



ma Financeiro Imobiliário não é somente habitacional, e sim imobiliário em geral.

Assim sendo, sabendo agora as diferenças do Sistema Financeiro Habitacional e do Sistema Financeiro Imobiliário, destaca-se que, para o presente trabalho, o Sistema Financeiro utilizado para contratos de crédito para obrigações em geral, e não somente para construção ou aquisição da casa própria, é o Sistema Financeiro Imobiliário, o qual, como já referido, tem como garantia real a Alienação Fiduciária.

### **3 A legitimidade da garantia de alienação fiduciária de imóvel**

Nos tópicos anteriores, foram debatidos os temas que atualmente têm embasado a discussão judicial acerca da questão que compõe o objeto de pesquisa, a legitimidade da cláusula contratual que estabelece a garantia de alienação fiduciária de imóvel em contratos de mútuo de obrigações, sem especificidade de construção ou compra de casa.

Neste capítulo, serão analisados julgados recentes do STJ, explorando os principais argumentos das decisões, debatendo-as com os principais institutos vistos no decorrer do trabalho, a fim de verificar qual tese tem sido majoritariamente adotada pela referida Corte.

#### **3.1 Legitimidade da garantia de alienação fiduciária de imóvel à luz da autonomia privada e da boa-fé objetiva**

Ao ser efetuado um negócio jurídico, deve-se ater à importância da prevalência dos princípios constitucionais da boa-fé objetiva e da autonomia da vontade.

Primeiramente, ao pensar em compactuar um contrato com alguma instituição financeira, ou pessoa diversa, está sendo empregado o princípio da autonomia da vontade. Este dá o poder, segundo Gonçalves (2016), de realizar, por espontânea vontade, um negócio jurídico, seja com quem for, na forma que se quiser.

Tartuce (2019) aponta a autonomia da vontade como a razão de um contrato nascer, sendo aquela um fator intrínseco do ser humano. Ele complementa, diferenciando a liberdade de contratar com a liberdade contratual, sendo esta última de interesse para o presente trabalho.

Portanto, a liberdade contratual é, como dito no primeiro capítulo, o exercer do ser humano no conteúdo do negócio ju-

rídico. Neste âmbito, seria o poder do contratante oferecer como garantia da alienação fiduciária o bem que ele dispuser, porém, esta liberdade não é ampla, apresentando restrições, conforme dispõe o princípio da ordem pública. Tartuce (2019) sustente ainda, que este é um dos motivos da mudança de nomenclatura de autonomia da vontade por autonomia privada.

Rizzardo (2019) atribui a autonomia privada como “as declarações que se completam”, ou seja, um deve declarar que quer realizar o contrato, e o outro deve declarar que aceita o contrato. Acrescenta aludindo que “o princípio da autonomia da vontade particulariza-se no Direito Comercial a liberdade de contratar”.

Outrossim, Rizzardo (2019) refere que a autonomia privada se materializa nos seguintes aspectos: “a) liberdade de contratar propriamente dita; b) liberdade de estipular o contrato; c) liberdade de determinar o conteúdo do contrato”.

Pode-se extrair da linha de pensamento dele que, ao efetivar sua liberdade de contratar, está sendo exercido o direito de requerer os resultados que tem interesse. Contudo, deve-se exercer tal direito, respeitando o limite legal imposto para isso.

Outro princípio de extrema importância, que, ao ler os julgados a seguir, verifica-se com nitidez, é o da boa-fé objetiva e sua máxima “*venire contra factum proprium non protest*”, este conceituado por Tartuce (2019) como “determinada pessoa não pode exercer um direito próprio contrariando um comportamento anterior”. Logo, enquanto as partes do contrato estavam em atos constitutivos do mesmo, a parte contratante se utilizou de uma conduta, não podendo, quando executado, se abster-se desta conduta alegando que o imóvel, que até então poderia ser dado como garantia, não pode mais, pois era bem de família.

Nesta mesma esfera, Rizzardo (2019) afirma que “o credor e o devedor devem colaborar, um ajudando o outro na execução do contrato”.

Sendo extremamente importante tal fundamento, o tema virou enunciado na IV Jornada de Direito Civil, sendo: “Enunciado nº 362 Conselho da Justiça Federal”, segundo o qual “A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil”.

Portanto, tal máxima conceitua de forma branda o princípio da boa-fé objetiva, não tendo como, primeiro, agir de uma forma, e após, quando perceber que aquele ato é prejudicial,

tentar voltar atrás, deixando a outra parte em uma situação de dificuldades.

Nesta senda, apresenta-se aqui a primeira hipótese: o oferecimento em garantia de alienação fiduciária de imóvel é exercício da autonomia privada. Nesse sentido, não há que se falar em óbice decorrente de questão de ordem pública, em especial advinda da proteção constitucional conferida ao bem de família, porque a estipulação da cláusula ocorreu de maneira voluntária. Ainda, é dever do contratante observar os princípios que informam a celebração de contratos, em especial o da boa-fé objetiva, modalidade "*nemo venire contra factum proprium*", o qual veda comportamentos contraditórios.

Tal tese foi amparada na jurisprudência do STJ, por exemplo, no julgamento do Recurso Especial nº 1.461.301/MT<sup>1</sup>.

No caso do referido Recurso Especial, as partes pactuaram em acordo homologado judicialmente o oferecimento do bem em garantia de alienação fiduciária, para, assim, o credor prorrogar o prazo para pagamento, após, o devedor não conseguiu satisfazer o crédito, veio arguir a impenhorabilidade do bem imóvel, sendo, portanto, comportamento contraditório ao oferecimento:

...Com efeito, no caso em análise, o executado agiu em descompasso com o princípio *nemo venire contra factum proprium*, adotando comportamento contraditório, num momento ofertando o bem à penhora e, no instante seguinte, arguindo a impenhorabilidade do mesmo bem.

Outro julgado que consagra o dogma do "*nemo venire contra factum proprium*" é o acórdão no Recurso Especial nº 1.364.509/RS<sup>2</sup>. Neste caso concreto, os devedores, ao serem citados para a execução, fizeram doação ao filho menor de idade,

<sup>1</sup> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. LEI N. 8.009/1990. BEM DE FAMÍLIA. ACORDO HOMOLOGADO JUDICIALMENTE. DESCUMPRIMENTO. PENHORA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE BOA-FÉ. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça inclinou-se no sentido de que o bem de família é impenhorável, mesmo quando indicado à constrição pelo devedor. 2. No entanto, verificado que as partes, mediante acordo homologado judicialmente, pactuaram o oferecimento do imóvel residencial dos executados em penhora, não se pode permitir, em razão da boa-fé que deve reger as relações jurídicas, a desconstituição da penhora, sob pena de desprestígio do próprio Poder Judiciário. 3. Recurso especial a que se nega provimento.

restando aos ministros do STJ essa ação como má-fé dos executados, pois, ao doar seu único bem imóvel, declaram tacitamente que aquele bem não lhe serve mais, não podendo, assim, suscitar a proteção da Lei nº 8.009/90.

Portanto, analisando tais julgados, podemos assimilar de melhor maneira os institutos estudados que projetam a admissibilidade da garantia da alienação fiduciária.

### **3.2 Ilegitimidade da garantia de alienação fiduciária à luz da proteção ao bem de família**

Ao analisar os julgados que invalidam a garantia de alienação fiduciária de bem imóvel considerado bem de família em contratos não abrangidos pelo Sistema Financeiro Imobiliário, pode-se observar a proteção à moradia, prevalecendo a limitação da autonomia privada, como citado anteriormente, dando ênfase à ordem pública.

Rizzardo (2019) conceitua lei de ordem pública como “aquela que entende com os interesses essenciais do Estado, as bases jurídicas fundamentais sobre as quais repousa a ordem econômica ou moral de determinada sociedade”, portanto, na legislação brasileira, é defeso a renúncia de direito de ordem pública, sendo assim considerado a proteção ao bem de família dado pela Lei nº 8.009/90.

A segunda hipótese, então, é a de que o exercício da autonomia privada resta limitado na estipulação de garantia de alienação fiduciária de imóvel residencial, na medida em que a proteção legal conferida ao bem de família é norma cogente e, portanto, é irrenunciável pelas partes contratantes.

<sup>2</sup> DIREITO CIVIL. AFASTAMENTO DA PROTEÇÃO DADA AO BEM DE FAMÍLIA. Deve ser afastada a impenhorabilidade do único imóvel pertencente à família na hipótese em que os devedores, com o objetivo de proteger o seu patrimônio, doem em fraude à execução o bem a seu filho menor impúbere após serem intimados para o cumprimento espontâneo da sentença exequenda. De início, cabe ressaltar que o STJ tem restringido a proteção ao bem de família com o objetivo de prevenir fraudes, evitando prestigiar a má-fé do devedor. Nesse sentido: “o bem que retorna ao patrimônio do devedor, por força de reconhecimento de fraude à execução, não goza da proteção da impenhorabilidade disposta na Lei nº 8.009/90” (AgRg no REsp 1.085.381-SP, Sexta Turma, DJe de 30/3/2009); “é possível, com fundamento em abuso de direito, afastar a proteção conferida pela Lei 8.009/90” (REsp 1.299.580-RJ, Terceira Turma, DJe de 25/10/2012). Nessa conjuntura, a doação feita a menor impúbere, nas circunstâncias ora em análise, além de configurar tentativa de fraude à execução, caracteriza abuso de direito

Neste sentido, ao julgar o Recurso Especial nº 1.141.732/SP<sup>3</sup>, o relator afirmou que tal benefício de impenhorabilidade não se deve ser renunciado por escolha do contratante, pois trata-se de princípio de ordem pública, ou seja, não se pode indispor de tal direito. Ainda, aludiram que a impenhorabilidade do bem de família só deve ser casos de exceção, sendo dogmático que somente quando haver a violação do princípio da boa-fé objetiva.

Nessa mesma seara, no agravo regimental nº 537034/MS, o relator Ministro Raul Araújo decidiu que a Lei nº 8.009/90 é de ordem pública, sendo impossibilitada sua renúncia ao direito de impenhorabilidade do bem de família<sup>4</sup>. No Recurso Especial nº

---

apto a afastar a proteção dada pela Lei 8.009/1990. Com efeito, nenhuma norma, em nosso sistema jurídico, pode ser interpretada de modo apartado aos cânones da boa-fé. No que tange à aplicação das disposições jurídicas da Lei 8.009/1990, há uma ponderação de valores que se exige do Juiz, em cada situação particular: de um lado, o direito ao mínimo existencial do devedor ou sua família; de outro, o direito à tutela executiva do credor; ambos, frise-se, direitos fundamentais das partes. Trata-se de sopesar a impenhorabilidade do bem de família e a ocorrência de fraude de execução. Assim, é preciso considerar que, em regra, o devedor que aliena, gratuita ou onerosamente, o único imóvel, onde reside a família, está, ao mesmo tempo, dispondo da proteção da Lei 8.009/1990, na medida em que seu comportamento evidencia que o bem não lhe serve mais à moradia ou subsistência. Do contrário, estar-se-ia a admitir o *venire contra factum proprium*.

<sup>3</sup> REsp nº 1.141.732/SP: CIVIL. BEM DE FAMÍLIA. OFERECIMENTO EM GARANTIA HIPOTECÁRIA. BENEFÍCIO DA ENTIDADE FAMILIAR. RENÚNCIA À IMPENHORABILIDADE. 1. A exceção do art. 3º, inciso V, da Lei nº 8.009/90, que permite a penhora de bem dado em hipoteca, limita-se à hipótese de dívida constituída em favor da entidade familiar. Precedentes. 2. A comunidade formada pelos pais e seus descendentes se enquadra no conceito legal de entidade familiar, inclusive para os fins da Lei nº 8.009/90. 3. A boa-fé do devedor é determinante para que possa se socorrer do favor legal, reprimindo-se quaisquer atos praticados no intuito de fraudar credores ou retardar o trâmite dos processos de cobrança. O fato de o imóvel dado em garantia ser o único bem da família certamente é sopesado ao oferecê-lo em hipoteca, ciente de que o ato implica renúncia à impenhorabilidade. Assim, não se mostra razoável que depois, ante à sua inadimplência, o devedor use esse fato como subterfúgio para livrar o imóvel da penhora. A atitude contraria a boa-fé ínsita às relações negociais, pois equivaleria à entrega de uma garantia que o devedor, desde o início, sabia ser inexequível, esvaziando-a por completo. 4. Recurso especial a que se nega provimento.

<sup>4</sup> A jurisprudência do STJ tem, de forma reiterada e inequívoca, pontuado que o benefício conferido pela Lei 8.009/90 **trata-se de norma cogente, que contém princípio de ordem pública**, e sua incidência somente é afastada se caracterizada alguma hipótese descrita no art. 3º da Lei 8.009/1990 (GRIFO NOSSO).

1.395.275/MG<sup>5</sup>, foi definido, em decisão de tutela recursal, o impedimento de o banco registrar a consolidação na matrícula do imóvel, fundamentando-se no direito fundamental à moradia e na característica de ordem pública da Lei nº 8.009/90, não podendo assim a renúncia do direito de impenhorabilidade do bem de família. Entretanto, manteve o gravame da alienação no registro do imóvel, podendo, caso a residência perca a característica de bem de família, consolidar-se a propriedade.

<sup>5</sup> RECURSO ESPECIAL - AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO DIRIGIDO CONTRA O INDEFERIMENTO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PLEITEADA NO BOJO DE AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL - INSURGÊNCIA DOS DEMANDANTES. 1. A revisibilidade da tutela de urgência, no bojo do recurso especial, adstringe-se à alegação de ofensa direta e imediata aos preceitos normativos federais disciplinadores de tal medida. Isto porque a jurisprudência dominante desta Corte é no sentido de ser incabível, via de regra, o recurso especial que postula o reexame do deferimento ou indeferimento de medida acautelatória ou antecipatória, ante a natureza precária e provisória do juízo de mérito desenvolvido em liminar ou tutela antecipada, cuja reversão, a qualquer tempo, é possível no âmbito da jurisdição ordinária, o que configura ausência do pressuposto constitucional relativo ao esgotamento de instância, imprescindível ao trânsito da insurgência extraordinária (aplicação analógica da Súmula 735/STF, segundo a qual “ não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar”). Ademais, sobressai o entendimento de que a análise do preenchimento dos requisitos autorizadores da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional (artigo 273 do CPC) reclama a reapreciação do contexto fático-probatório dos autos, providência inviável em sede de recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ. 2. Não se pode deixar de reconhecer, inclusive, a própria inaptidão do apelo nobre submetido à apreciação deste Colegiado, a considerar que não veicula, em suas razões, qualquer consideração acerca do atendimento aos pressupostos autorizadores da concessão da tutela antecipada, deixando de apontar, como seria de rigor, violação à correspondente norma de regência (artigo 273 do CPC). 2.1. Na hipótese em foco, os insurgentes cingiram-se a sustentar a ofensa aos artigos 1º e 3º da Lei 8.009/90, reputando nula a cláusula de garantia fiduciária dada ao empréstimo bancário em face da impenhorabilidade do bem de família. A insurgência, nestes termos veiculada, além de se confundir com o próprio mérito da demanda (decidido em sede provisória, ressalta-se), não tem o condão de infirmar a decisão indeferitória de antecipação de tutela, lastrada, ainda que implicitamente, no não preenchimento dos requisitos previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil. 3. Recurso especial não conhecido.

### 3.3 O entendimento majoritário do STJ acerca do tema

Ao analisar os julgados citados anteriormente, pode-se perceber que, majoritariamente, vem sendo reconhecida a validade do oferecimento de imóvel residencial em garantia de alienação fiduciária, à luz dos princípios da autonomia privada e da boa-fé objetiva.

Neste sentido, ao ditar o acórdão de segunda instância do processo nº 5001765-95.2013.4.04.7216<sup>6</sup>, o qual foi mantido no Recurso Especial nº 1.560.562-SC<sup>7</sup>, os desembargadores aludem que, ao contratar e oferecer de modo intencional o imóvel residencial, o contratante agiu de acordo com os princípios já estudados na presente monografia, sendo assim aplicável a exceção de impenhorabilidade prevista no artigo 3º, inciso V da Lei nº 8.009/90.

<sup>6</sup> EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. EXCEÇÕES LEGAIS. Na dicção do artigo 1º da Lei nº 8.009/90, o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável, salvo exceções previstas na mesma Lei. No caso, os próprios autores, deliberadamente, ofereceram o imóvel constricto em garantia de contrato por instrumento particular de mútuo de dinheiro com obrigações e alienação fiduciária. Caso em que aplicável a exceção prevista no inciso V do artigo 3º da Lei nº 8.009/90.

O princípio da boa-fé contratual impede seja o contrato utilizado para a prática de atividades abusivas que venham a causar prejuízos às partes ou a terceiros. Exige-se dos contratantes que ajam de forma leal, correta e proba durante todas as fases do contrato, sobretudo quanto ao esclarecimento das informações necessárias à formalização do contrato e ao cumprimento das suas finalidades. Quem oferece em garantia de contrato de financiamento bem que sabe ser impenhorável age com evidente má-fé.

<sup>7</sup> DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL RECONHECIDO COMO BEM DE FAMÍLIA. POSSIBILIDADE. CONDUTA QUE FERRE A ÉTICA E A BOA-FÉ. 1. Ação declaratória de nulidade de alienação fiduciária de imóvel reconhecido como bem de família. 2. Ação ajuizada em 23/08/2013. Recurso especial concluso ao gabinete em 26/08/2016. Julgamento: CPC/73. 3. O propósito recursal é dizer se é válida a alienação fiduciária de imóvel reconhecido como bem de família. 4. A questão da proteção indiscriminada do bem de família ganha novas luzes quando confrontada com condutas que vão de encontro à própria ética e à boa-fé, que devem permear todas as relações negociais. 5. Não pode o devedor ofertar bem em garantia que é sabidamente residência familiar para, posteriormente, vir a informar que tal garantia não encontra respaldo legal, pugnano pela sua exclusão (vedação ao comportamento contraditório). 6. Tem-se, assim, a ponderação da proteção irrestrita ao bem de família, tendo em vista a necessidade de se vedar, também, as atitudes que atentem contra a boa-fé e



Outrossim, complementam:

O princípio da boa-fé contratual impede seja o contrato utilizado para a prática de atividades abusivas que venham a causar prejuízos às partes ou a terceiros. **Exige-se dos contratantes que ajam de forma leal, correta e proba durante todas as fases do contrato**, sobretudo quanto ao esclarecimento das informações necessárias à formalização do contrato e ao cumprimento das suas finalidades. **Quem oferece em garantia de contrato de financiamento bem que sabe ser impenhorável age com evidente má-fé** (e-STJ fl. 187). (Apelação Cível nº 5001765-95.2013.404.7216/SC, grifo nosso)

Portanto, na visão dos desembargadores do referido acórdão, ao deliberar incluindo como garantia de alienação fiduciária o bem residencial, corrobora-se que, ao inadimplir o contrato, pode-se cumprir o acordo, consolidando a propriedade do imóvel, podendo assim a instituição financeira realizar o leilão ou adjudicar o bem garantido, sendo, por conseguinte, interpretação do TRT 4ª Região, considerado má-fé daquele que oferece o bem em garantia, e, depois, suscita ilegitimidade.

Bonis (2017), no mesmo sentido, afirma que a boa-fé objetiva deve ser parte da realização do contrato, durante a execução do contrato e após. Logo, por este ângulo, deve-se salientar que as partes do contrato discutido no processo supracitado, ao deliberar incluir o imóvel residencial, sendo ele único ou não da família, devem arcar com as consequências do inadimplemento da obrigação contraída.

Martins-Costa (2018) alude que a autonomia privada anda conjuntamente com a boa-fé objetiva, sendo que, ao ter o poder de decidir um ato em uma obrigação, assume um encargo, o qual deve ser definido nos parâmetros do princípio.

---

a eticidade, ínsitas às relações negociais. 7. Ademais, tem-se que a própria Lei 8.009/90, com o escopo de proteger o bem destinado à residência familiar, aduz que o imóvel assim categorizado não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, mas em nenhuma passagem dispõe que tal bem não possa ser alienado pelo seu proprietário. 8. Não se pode concluir que o bem de família legal seja inalienável e, por conseguinte, que não possa ser alienado fiduciariamente por seu proprietário, se assim for de sua vontade, nos termos do art. 22 da Lei 9.514/97. 9. Recurso especial conhecido e não provido.



Conforme preceitua Cruz (2013), a boa-fé objetiva “é regra de conduta social”, devendo o contratante agir com lealdade, a violação da boa-fé objetiva no caso de dar um imóvel como garantia, sabendo que aquele imóvel seria impenhorável, nesta seara, em uma possível execução, poder arguir tal instituto, ficando livre assim de futura execução.

A relatora Maria Cristina Saraiva Ferreira e Silva, no acórdão da apelação citada, iguala o instituto da hipoteca e alienação fiduciária, fundamentando seu voto, possibilitando a penhora do imóvel residencial, no artigo 3º, inciso V da Lei nº 8.009/90.

Outro caso que a relatora alega que, de acordo com o princípio da boa-fé objetiva, ao deliberar oferecendo o imóvel como garantia de um empréstimo, não é possível suscitar a impenhorabilidade no mesmo, é na apelação cível do processo nº 5042770-66.2013.404.7000/PR<sup>8</sup>, ainda colaciona a decisão referente ao princípio: “A análise do princípio da boa-fé requer exame das condições em que o contrato foi firmado, o nível socio-cultural dos contratantes, bem como do momento econômico e histórico de sua elaboração”, sendo defeso alegar ilegitimidade da garantia por não ter conseguido arcar com as contra-prestações.

Para Martins-Costa (2018), “o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento exercido anteriormente pelo exercente”.

Ainda, no primeiro Recurso Especial citado, a relatora nos traz que deve haver uma cautela na proteção do bem de família, sendo vedado para proteger tal instituto a utilização da má-fé.

Logo, ao analisar os casos dos Recursos Especiais referidos anteriormente, adefere-se que na visão dos relatores, ao dar o imóvel como garantia de alienação fiduciária, não se pode após, suscitar a ilegitimidade da alienação, sendo considerado conduta contraditória dos contratantes.

<sup>8</sup> REsp nº 1.560.562/SC: MÚTUO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. AFASTADA. 1. A circunstância de se tratar de contrato de adesão não acarreta, por si só, a nulidade de suas cláusulas, sem que haja inequívoca demonstração de contrariedade à legislação de regência. 3. A extensa documentação exigida pela ré com relação ao imóvel dado em garantia (certidão negativa de IPTU, certidão de inteiro teor e matrícula do imóvel e negativa de ônus do imóvel) se mostra capaz de suprir qualquer dúvida a respeito da inclusão de ônus real sobre o bem apresentado. 3. Afastada a impenhorabilidade do imóvel garantidor da dívida.

No Recurso Especial nº 1.575.243/DF<sup>9</sup>, a relatora aponta que a impenhorabilidade do bem de família deve ser apreciada conforme a função interpretativa do princípio da boa-fé objetiva, sendo, desse modo, preponderante analisar cada caso, para, assim, não haver atos com o propósito de fraudar os credores.

Na fundamentação do referido julgado, igualmente verifica-se que restou consignado que o bem fora intencionalmente oferecido em garantia, não havendo nenhum vício no negócio jurídico, continua ainda, expondo que, em casos de ordem pública, deve ser considerada a atitude dos respectivos beneficiários, destarte, não há motivos, na visão do relator, para invalidar a garantia de alienação fiduciária.

No Recurso Especial nº 1.677.015/SP<sup>10</sup>, temos o bem de família convencional, aquele já debatido em capítulo anterior, há o

<sup>9</sup> REsp nº 1.575.243/DF: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DO CPC/1973. EMBARGOS À ADJUDICAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO INDICAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO. DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA. FRAUDE À EXECUÇÃO ANTERIORMENTE RECONHECIDA. INAPLICABILIDADE DA NORMA PROTETIVA. 1. Embargos à adjudicação opostos em 18/06/2012. Recurso especial interposto em 14/08/2014 e atribuído a esta Relatora em 02/09/2016. 2. Aplicação do CPC/73, a teor do Enunciado Administrativo n. 2/STJ. 3. O propósito recursal, para além da análise da negativa de prestação jurisdicional, consiste em definir se o reconhecimento de fraude à execução, pela alienação do único imóvel dos executados a um de seus parentes, é causa de afastamento da garantia de impenhorabilidade do bem de família. 4. A ausência de expressa indicação de obscuridade, omissão ou contradição nas razões recursais enseja o não conhecimento da alegada violação do art. 535 do CPC/73. 5. A indicação de violação genérica à lei federal, sem particularização dos dispositivos que teriam sido afrontados pelo acórdão recorrido, implica deficiência na fundamentação do recurso especial e atrai a incidência da Súmula 284/STF. 6. A regra de impenhorabilidade do bem de família trazida pela Lei 8.009/90 deve ser examinada à luz do princípio da boa-fé objetiva, que, além de incidir em todas as relações jurídicas, constitui diretriz interpretativa para as normas do sistema jurídico pátrio. 7. Nesse contexto, caracterizada fraude à execução na alienação do único imóvel dos executados, em evidente abuso de direito e má-fé, afasta-se a norma protetiva do bem de família, que não pode conviver, tolerar e premiar a atuação dos devedores em desconformidade com o cânone da boa-fé objetiva. Precedentes. 8. Recurso especial parcialmente conhecido, e, nessa extensão, não provido.

<sup>10</sup> DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO INDICAÇÃO. SÚMULA 284/STF. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ.

registro público feito pela entidade familiar. Neste caso, os juízos de primeira e segunda instância invalidaram a garantia em alienação fiduciária, tendo em vista a incomunicabilidade e a impenhorabilidade registrada. Todavia, o ministro Paulo de Tarso Sanseverino registrou a má-fé do casal, vindo contra o princípio que deveria ser seguido, e fundamentou sua decisão de legitimar a garantia, tendo em vista que não se confunde incomuni-

---

CONTRATO DE FACTORING. NULIDADE. QUESTÃO PRECLUSA. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL RECONHECIDO COMO BEM DE FAMÍLIA. POSSIBILIDADE. CONDUTA QUE FERRE A ÉTICA E A BOA-FÉ. 1. Ação declaratória de nulidade de cláusula contratual, em razão de contrato de fomento mercantil firmado entre as partes. 2. O propósito recursal é, a par da análise da ocorrência de negativa de prestação jurisdicional, definir se é nulo o contrato de fomento mercantil firmado entre as partes, bem ainda se é válida a alienação fiduciária de imóvel reconhecido como bem de família. 3. A ausência de expressa indicação de obscuridade, omissão ou contradição nas razões recursais enseja o não conhecimento do recurso especial. 4. A ausência de decisão acerca dos argumentos invocados pela recorrente em suas razões recursais, não obstante a oposição de embargos de declaração, impede o conhecimento do recurso especial. 5. Apenas em sede de recurso especial a recorrente vem defender a inexistência de nulidade do instrumento celebrado entre as partes, mostrando-se inviável a sua análise, ante a inegável ocorrência da preclusão. 6. A questão da proteção indiscriminada do bem de família ganha novas luzes quando confrontada com condutas que vão de encontro à própria ética e à boa-fé, que devem permear todas as relações negociais. 7. Não pode o devedor ofertar bem em garantia que é sabidamente residência familiar para, posteriormente, vir a informar que tal garantia não encontra respaldo legal, pugnano pela sua exclusão (vedação ao comportamento contraditório). 8. Tem-se, assim, a ponderação da proteção irrestrita ao bem de família, tendo em vista a necessidade de se vedar, também, as atitudes que atentem contra a boa-fé e a eticidade, ínsitas às relações negociais. 9. Na hipótese dos autos, não há qualquer alegação por parte dos recorridos de que houve vício de vontade no oferecimento do imóvel em garantia, motivo pelo qual não se pode extrair a sua invalidade. 10. Ademais, tem-se que a própria Lei 8.009/90, com o escopo de proteger o bem destinado à residência familiar, aduz que o imóvel assim categorizado não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, mas em nenhuma passagem dispõe que tal bem não possa ser alienado pelo seu proprietário. 11. Não se pode concluir que o bem de família legal seja inalienável e, por conseguinte, que não possa ser alienado fiduciariamente por seu proprietário, se assim for de sua vontade, nos termos do art. 22 da Lei 9.514/97. 12. Reconhecida, na espécie, a validade da cláusula que prevê a alienação fiduciária do bem de família, há que se admitir que o imóvel, após a consolidação da propriedade em nome do credor fiduciário, seja vendido, nos termos do art. 27 da já referida lei. 13. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido.

tabilidade com inalienabilidade. Entretanto, salienta que o prazo de 30 dias expostos na Lei nº 9.514/97 deve se ficar suspenso enquanto manter o título de bem de família.

Tendo em vista os julgados anteriormente citados, podemos verificar que há, de forma abrangente, julgados considerando legítima a garantia de alienação fiduciária do imóvel configurado como bem de família legítima, sendo as teses dos votos os princípios da boa-fé objetiva e autonomia privada. Portanto, ao contratante deliberadamente indicar o imóvel como garantia de um contrato de mútuo bancário, este deve arcar com as consequências em caso de inadimplemento da obrigação contraída, não podendo, desta forma, ter comportamento contraditório, conforme o princípio da boa-fé objetiva e sua máxima *venire contra factum proprium*.

## Conclusão

O presente trabalho abordou, a partir do método hipotético-dedutivo, o problema de pesquisa da legitimidade da alienação fiduciária de bem imóvel de natureza residencial, nas hipóteses em que a cláusula é estabelecida para garantir contratos de mútuo sem destinação específica. Considerou-se, para fins de conclusão, a jurisprudência majoritária do STJ acerca do tema.

Foram apresentadas as seguintes hipóteses: é legítima a garantia de alienação fiduciária oferecida voluntariamente pelo mutuário, ainda que o imóvel reúna as características de bem de família, sendo considerado atentatório à boa-fé objetiva o argumento em contrário; ainda que oferecida voluntariamente, a garantia de alienação fiduciária viola a proteção constitucional e legal conferida ao bem de família e, nesse sentido, por infringir normas de ordem pública, é ilegítima.

Analisaram-se os princípios contratuais que contribuem com a discussão proposta, a saber, princípios da autonomia privada e boa-fé objetiva. Nesse sentido, conclui-se que, a manifestação da vontade, ainda que seja elemento preponderante na formação de relações jurídicas de natureza contratual, cede parte dessa importância a outros fatores de natureza psicológica, sociais e econômicas, bem como a restrições decorrentes de lei ou manifestações estatais relativas ao reconhecimento da função social do contrato. Com isso, entende-se que, é adequado sustentar a substituição da ideia de autonomia da vontade pela ideia de autonomia privada e, nesse sentido, entender que a

manifestação da vontade, em algumas situações, poderá encontrar limites em questões de ordem pública.

Ainda dentro do tema dos princípios contratuais atinentes à matéria, conclui-se que, o conceito de boa-fé que deve ser considerado como princípio contratual é o de boa-fé objetiva. Entende-se por boa-fé objetiva a existência de padrões de conduta esperados dos contratantes em todas as fases do negócio jurídico, ou seja, desde o momento da negociação, da efetiva negociação, até o cumprimento das obrigações assumidas. Isso implica aos contratantes a assunção de diversos deveres de comportamento, dentre os quais, destaca-se, pela sua estreita vinculação com o objeto de pesquisa, o de não se comportar contraditoriamente no curso da relação contratual.

Em seguida, estudou-se o instituto da alienação fiduciária, a partir da sua regulamentação pela Lei nº 9.514/97, ressaltando-se a definição contida no seu artigo 22, a qual estabelece que a alienação fiduciária é o “negócio jurídico pelo qual o devedor, com escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, da propriedade resolúvel de coisa imóvel”. Desse estudo, deve ser salientado o fato de que a previsão legal não restringe a possibilidade de estipulação dessa modalidade de garantia apenas aos contratos destinados à aquisição ou construção de bens imóveis, o que conduz à conclusão de que a Lei nº 9514/97 não obsta a alienação fiduciária nos contratos sem a destinação específica anteriormente relatada.

No último tópico, analisa-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) a respeito do tema, no sentido de verificar se uma das hipóteses apresentadas inicialmente tem sido confirmada na prática dos tribunais, bem como concluir qual é a posição majoritária da Corte sobre o tema. Nesta senda, verificou-se haver julgados que acolhem a tese segundo a qual a autonomia privada encontra limite nas disposições que asseguram a proteção ao imóvel residencial da entidade familiar, mas que, majoritariamente, a Corte entende que viola o princípio da boa-fé objetiva a conduta do contratante que, após voluntariamente oferecer imóvel residencial em garantia de alienação fiduciária de contrato sem destinação específica da aquisição ou construção do bem, alega a nulidade da respectiva cláusula.

Nesse sentido, a conclusão é de que o atual entendimento é o da legitimidade da garantia de alienação fiduciária do imóvel residencial nos contratos regidos pela Lei nº 9514/97.

## Referências

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**. Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AMARAL, Marcelo Quevedo do. **Transformações Administrativas**: A Caixa Econômica Federal, a Execução do Orçamento Geral da União e a Efetividade das Políticas Públicas. Curitiba: Juruá, 2017.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil**: teoria geral dos contratos. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Diretoria Colegiada. Circular nº 4.676, de 31 de julho de 2018. Dispõe sobre os Sistemas Financeiros Brasileiros. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p.21-23. 2 de agosto de 2018.

BONIS, Fabián Elorriaga de. As atuais manifestações e limites da boa-fé objetiva na execução dos contratos: critérios de decisão para situações contratuais difusas. **Revista Fórum de Direito Civil**, Belo Horizonte, ano. 6, n. 16, p.145-168, set/dez. 2017.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Os princípios reguladores da autonomia privada: autonomia da vontade e boa-fé. **Direito e Democracia**, Canoas, v. 1, n. 1, p.95-112, jan. 2000.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (4º Região). **Apelação Cível nº 5001765-95.2013.404.7216**. Lei 8.009/90. Direito civil. Recurso es-

pecial. Ação declaratória de nulidade de alienação fiduciária. Alienação fiduciária de bem imóvel reconhecido como bem de família. Possibilidade. Conduta que fere a ética e a boa-fé. Recorrente: Caixa Econômica Federal – CEF. Recorrido Thomas Fernandes Lima. Relator: Ricardo Teixeira do Valle Peirera. 07 de abril de 2015. Disponível em: <[https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta\\_processual\\_resultado\\_pesquisa&txtValor=50017659520134047216&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=&todasfases=&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=&numPagina=1](https://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50017659520134047216&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=&todasfases=&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=&numPagina=1)>. Acesso em: 21 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1141732/SP**. Civil. Bem de família. Oferecimento em garantia hipotecária. Benefício da entidade familiar. Renúncia à impenhorabilidade. Recorrente: Euzino Soares Franco. Recorrido: Judite Maria Corra Alves. Relatora: Nancy Andrighi. 22 de novembro de 2010. Disponível em: <[https://www2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=12856380&num\\_registro=200901776471&data=20101122&tipo=5&formato=PDF](https://www2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=12856380&num_registro=200901776471&data=20101122&tipo=5&formato=PDF)>. Acesso em: 23 out. 2019.

BRESOLIN, Umberto Bara. **Execução extrajudicial imobiliária**: aspectos práticos. São Paulo, Atlas, 2013.

- COSTA FILHO, Venceslau Tavares; GUIMARÃES, Anne Gabriele Alves; FERREIRA, Juliana de Barros. Impactos do novo Código do Processo Civil sobre o regime jurídico das impenhorabilidades. **Revista Brasileira Direito Processual**, Belo Horizonte, ano 25, n. 98, p.315-327, abr/jun. 2017.
- COELHO, Fábio Ulhôa. **Novo Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa**. 29. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- COELHO, Fabio Ulhôa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- CHALHUB, Melhim Namem. **Alienação Fiduciária: Negócio Fiduciário**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- CRUZ, Caroline Menegon da. A boa-fé objetiva no direito civil brasileiro. **Revista Fórum de Direito Civil**, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p.87-121, jan. 2013.
- DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo. **Alienação Fiduciária de bens imóveis**. 3. ed. São Paulo: Forense, 2010.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Contratos**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: obrigações e contratos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Títulos de Créditos e Contratos Mercantis**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- LOPEZ, Miguel Fernandez. **Os problemas dos direitos reais de garantia e a instituição da alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro**. 2004. 16 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Unifacs, Salvador, 2004. Disponível em: <[https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiq4Z6eyZzkAhUOHLkGHegECSwQFjAAegQIARAC&url=http%3A%2F%2Fwww.unifacs.br%2Frevistajuridica%2Farquivo%2Fedicao\\_janeiro2004%2Fdiscente%2Fdisco07.doc&usq=AOwVaw1Mbs3n8rUdJ2hb\\_bYXXTop](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiq4Z6eyZzkAhUOHLkGHegECSwQFjAAegQIARAC&url=http%3A%2F%2Fwww.unifacs.br%2Frevistajuridica%2Farquivo%2Fedicao_janeiro2004%2Fdiscente%2Fdisco07.doc&usq=AOwVaw1Mbs3n8rUdJ2hb_bYXXTop)>. Acesso em: 24 ago. 2019.
- MARCOLA, André Augusto. **A aplicabilidade da alienação fiduciária de bem imóvel nos contratos em geral**. 2009. 78 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade do Vale do Itajaí - Univali, Itajaí, 2009.
- MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial: Contratos e Obrigações Comerciais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: Critérios para para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.



- MORAES, Alexandre de et al. **Constituição Federal Comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- RODRIGUES, Paulo Roberto. **O desenvolvimento do sistema financeiro imobiliário e da securitização de recebíveis imobiliários na redução do déficit habitacional brasileiro**. 2005. 79 f. Monografia (Especialização) - Curso de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.
- SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Direito Imobiliário: Teoria e Prática**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Juros no direito brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Volume Único. 7. ed. São Paulo: Método, 2017.
- TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- TEIXEIRA, Tarcísio. **Direito Empresarial Sistematizado: Doutrina, jurisprudência e prática**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- VENOSA, Silvío de Salvo. **Direito Civil: contratos**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018.



# A unidade dogmática dos direitos individuais e direitos sociais na Constituição Brasileira de 1988

*Tânia Rodrigues do Nascimento*  
Advogada da CAIXA em São Paulo  
Mestranda na Escola de Direito do Brasil

## RESUMO

O presente trabalho pretende apreciar a questão acerca da teoria da unidade dogmática entre direitos sociais ou de terceira geração, tais como direito à moradia, à saúde, à educação, à alimentação, e direitos individuais, ou de primeira geração, ou ainda civis e políticos, os quais podemos mencionar os direitos de liberdade. Esta teoria, majoritária na doutrina brasileira, afirma que não haveria razão dogmática ou material para distinção de proteção entre os direitos sociais e individuais, com a intenção de conferir aos direitos sociais os mesmos privilégios dos demais.

Após entender seus fundamentos, pretende-se apresentar a crítica a tal teoria, bem como identificar as efetivas diferenças dogmáticas e de natureza substancial existentes entre os direitos sociais e os direitos fundamentais *strictu sensu*, ou, ainda, direitos de liberdade.

Por fim, busca-se apontar na Constituição Brasileira de 1988 os fundamentos para as diferenças existentes, bem como a orientação da jurisprudência recente sobre o tema.

Palavras-chave: Unidade dogmática. Direitos Sociais. Direitos Individuais. Diferenças.

## ABSTRACT

This paper aims to address the issue of the theory of the dogmatic unity between social or third generation rights, such as the right to housing, health, education, food, and individual or first generation or civil and political rights, which we can mention the rights of liberty. This theory, which is the majority in Brazilian doctrine, states that there would be no dogmatic or material reason for distinguishing protection between social and individual rights, with the intention of conferring on social rights the same privileges as others.

After understanding its foundations, it is intended to present the criticism to such theory, as well as to identify the effective dogmatic and substantial differences existing between the social rights and the fundamental rights or even the rights of freedom.

Finally, we seek to point out in the 1988 Brazilian Constitution the foundations for the existing differences, as well as the orientation of recent jurisprudence on the subject.

Keywords: Dogmatic unity. Social rights. Individual Rights. Differences.

## 1 A tese da unidade dogmática

A tese da unidade dogmática dos direitos fundamentais manifesta-se no sentido da inexistência de prevalência dos direitos individuais sobre os direitos sociais. Tomamos como exemplo central do presente artigo o doutrinador português Jorge Reis Novais, o qual equipara os direitos sociais aos individuais, estendendo aos primeiros todas as formas de proteção constitucional existentes para os direitos individuais.

A doutrina majoritária brasileira entende pela inexistência de diferença de tratamento constitucional e doutrinário entre os direitos sociais e individuais, tratando ambos, na maioria das vezes, como direitos fundamentais, assim como o faz a Constituição de 1988.

Verificaremos, a seguir, as premissas e os fundamentos da referida teoria.

### 1.1 Idêntica relevância material entre direitos de liberdade e direitos sociais

Os doutrinadores que defendem a tese da indivisibilidade entre direitos individuais e sociais fundamentam que não há qualquer diferenciação material entre tais direitos.

Tanto os direitos sociais como os direitos individuais estão previstos na Constituição e são fundamentos do Estado de direito expresso na norma fundamental. Nesse sentido, afirma Novais (2007, p. 184) que, *“sob a aparente distinção constitucional de regimes há um único regime comum, o regime de protecção dos direitos fundamentais próprios de Estado de Direito”*.

Quanto às limitações às restrições dos direitos fundamentais, Georges Abboud não faz distinção entre direitos individu-

ais e sociais, entendendo que tais limitações devem, para ambos os casos, estar constitucionalmente autorizadas, não bastando restrição legal infraconstitucional, ser proporcional, atender ao interesse social, o ato deve ser fundamentado e pode ser amplamente revisto pelo Poder Judiciário.

Diante disso, para tal teoria não há razões para colocar os direitos de liberdade em patamar superior aos direitos sociais.

## **1.2 Da necessidade de disponibilidade financeira para garantias tanto dos direitos de liberdade quanto dos sociais**

Para os teóricos da indivisibilidade, tampouco haveria diferença em relação à questão financeira, ou seja, quanto aos custos que envolvem a garantia dos direitos.

Isto porque os direitos de liberdade, para serem garantidos, também dependem da disponibilidade financeira estatal. Portanto, a reserva do possível não é característica específica dos direitos sociais.

Acrescenta-se, ainda, que, pela tese da indivisibilidade, a restrição fundamentada na reserva do financeiramente possível só será constitucional se a limitação decorrer da necessidade de proteção de outro bem jurídico igualmente fundamental.

## **1.3 A questão do direito subjetivo**

Para a corrente da unidade dogmática, a questão dos direitos de liberdade tratarem-se de direitos subjetivos não os difere dos direitos sociais. Isto porque tanto os direitos individuais quanto os direitos sociais demandam ações positivas e garantias, ou ações negativas, do Poder Público. Além disso, os direitos sociais, a partir do momento em que foram positivados, também podem ser exercidos subjetivamente.

Explicando melhor tal entendimento, podemos citar como exemplo o comentário de Ingo Wolfgang Sarlet ao artigo 5º da Constituição Federal Brasileira (SARLET, 2013, p. 520), nos seguintes termos:

Sem que aqui se vá aprofundar este aspecto, importa ter presente que os direitos fundamentais (sejam eles direitos ou garantias, individuais ou sociais, de nacionalidade ou direitos políticos) em geral abrangem um complexo de posições jurídicas, que, seguindo a prestigiada fórmula

de Robert Alexy, assumem condições negativa (defensiva) e positiva (prestacional). Em outras palavras, especialmente levando-se em conta a posição subjetiva atribuída ao titular do direito, os direitos fundamentais atuam (em muitos casos simultaneamente) tanto como direitos de defesa, ou seja, direitos à não intervenção no âmbito de proteção do direito por parte do Estado ou outros particulares, quanto como direitos a prestações, incluindo prestações de cunho normativo e material (fático). Tal classificação, a despeito das críticas que têm recebido, não é incompatível com o fato de que também os direitos de liberdade, assim como os direitos negativos de um modo geral, dependem de um sistema de prestações, guardando, portanto, direta relação com os assim designados direitos positivos (prestacionais). Assim, a classificação adotada refuta qualquer compreensão dicotômica a respeito dos direitos fundamentais como direitos de defesa (negativos) e direitos a prestações (positivos), já que ambos se complementam e, a despeito de eventualmente entrarem em conflito (como, de resto, há conflitos dos direitos negativos entre si), acabam por se reforçar mutuamente. O que não se deve esquecer é que, em matéria de direitos fundamentais como direitos subjetivos, em verdade o que temos é um complexo heterogêneo de posições jurídico-subjetivas fundamentais, que, no âmbito das diversas funções exercidas pelos direitos fundamentais, podem assumir tanto uma dimensão positiva quanto negativa.

Portanto, a diferenciação quanto à existência de direitos subjetivos não pode ser aplicada para diferenciar os direitos individuais dos sociais.

#### **1.4 Da igual proteção dos direitos individuais e sociais na Constituição Brasileira**

A Constituição Brasileira estabelece proteção ao que denomina de direitos fundamentais, ao dispor no artigo 5º, §1º sua aplicação imediata<sup>1</sup>. Contudo, o conceito de direitos fundamentais engloba os direitos individuais, civis e políticos, além dos direitos sociais, considerando-se o amplo rol de direitos e garantias expostos no referido dispositivo legal.

Ao comentar o artigo 6º da Constituição Federal, Ingo Wolfgang afirma que a Constituição de 1988 assume uma posição de vanguarda no tocante aos direitos sociais, pois

dotou-os de uma supremacia e uma força normativa axiologicamente superiores” resultando “na tendência de se reconhecer aos direitos sociais, (...) o mesmo regime jurídico-constitucional estabelecido para os demais direitos fundamentais, observadas as peculiaridades de cada direito. (SARLET, 2013, p. 535)

O artigo 60, §4º da Constituição Federal estabelece, por sua vez, impossibilidade de alteração por emenda constitucional dos direitos e garantias individuais. Vejamos o texto do referido artigo:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

A tese da indivisibilidade entende que este regime diferenciado de proteção se estende aos direitos sociais, os quais tampouco poderiam ser restringidos por emenda constitucional, por ofensa à Constituição. Nesse sentido, citamos Flavia Piovesan (2010):

São, portanto, direitos intangíveis, direitos irredutíveis, de forma que tanto a lei ordinária como a emenda à Constituição que afetarem, abolirem ou suprimirem os direitos sociais padecerão do vício de inconstitucionalidade. (PIOVESAN, 2010, p. 56)

Tal teoria compreende, ainda, que o legislador ordinário também está limitado pela natureza fundamental dos direitos

---

<sup>1</sup> “ Art. 5º (...)

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

sociais, pois sempre que pretender restringir os direitos já obtidos, ainda que por lei ordinária, deverá ser controlado pela jurisdição constitucional.

Além disso, todos os direitos individuais, bem como os direitos sociais são passíveis de restrição, em decorrência da necessidade de ponderação como princípio e como forma de solução de conflitos. Citando novamente Novais, *“a regra geral é de que todos os direitos fundamentais são limitáveis, não há direitos absolutos, no sentido de que todos os direitos (...) podem ter de ceder”* (NOVAIS, 2006, p. 49).

## 2 Considerações críticas acerca da tese da unidade dogmática

### 2.1 A primazia material dos direitos individuais na Constituição Brasileira

A Constituição Brasileira de 1988 utiliza a expressão genérica de “direitos e garantias fundamentais” para incluir os direitos individuais e coletivos, sociais, de nacionalidade e ainda os direitos políticos.

Segundo Georges Abboud, *“os direitos fundamentais constituem, na atualidade, o conceito que engloba os direitos humanos universais e os direitos nacionais dos cidadãos”* (ABBOUD, 2016, p. 450).

Os direitos fundamentais constituem, hodiernamente, um dos pilares do Estado Constitucional de Direito. Inclusive os países da *common law* passaram a inseri-los em suas constituições. Trata-se de conquista histórica decorrente do avanço do processo civilizatório, especialmente após o fracasso da Constituição de Weimar e da Segunda Guerra Mundial.

Há que se reconhecer que a terminologia utilizada na Constituição e mesmo em parte da doutrina pode causar certa confusão, ao não especificar quais direitos estariam efetivamente incluídos no conceito de “direitos fundamentais”.

De todo modo, a doutrina diverge quanto à força de proteção com relação aos direitos individuais e coletivos previstos no artigo 5º e os direitos sociais previstos no artigo 6º.

Ao nosso ver, no entanto, o simples fato de ambos constarem da Constituição Federal não significa que tenham o mesmo grau de importância em relação ao Estado Democrático de Direito e à dignidade da pessoa humana. Concluímos que a indivisibilidade material entre os direitos individuais e sociais não se sustenta diante da dogmática.

Nesse sentido, manifesta-se Carlos Blanco de Moraes ao escrever sobre os direitos sociais em tempos de “exceção financeira”<sup>2</sup>:

o primado dos direitos de liberdade sobre os direitos sociais é, mais do que tudo, uma questão existencial do Estado de direito democrático, porque sem direito, liberdade e garantias constitucionalmente reconhecidos e garantidos não há Estado de Direito nem democracia política. Já o inverso não sucede pois os direitos sociais constitucionalizados não são pressupostos necessários de um Estado de direito democrático, tal como demonstram as Constituições norte-americana, britânica e alemã que não os consagram (pag. 13).

A Constituição Brasileira estabelece no artigo 5º, §1º a aplicação imediata “às normas definidoras” dos direitos e garantias fundamentais. O artigo 5º, LXXI, por sua vez, permite a utilização do mandado de injunção para concretização do direito fundamental quando não existir lei regulamentadora.

Nas palavras de Alexandre de Moraes (2003, p.750), “em regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata”. Já com relação aos direitos sociais, “a Constituição faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras” de tais direitos.

Contudo, o mesmo Alexandre de Moraes, no capítulo sobre direitos sociais, afirma que:

*a definição dos direitos sociais no título constitucional destinado aos direitos e garantias fundamentais acarreta duas consequências imediatas: subordinação à regra da auto-aplicabilidade prevista, no §1º, do art. 5º e suscetibilidade do ajuizamento do mandado de injunção, sempre que houver a omissão do poder público na regulamentação de alguma norma que preveja um direito social e, consequentemente inviabilize seu exercício. (MORAES, 2003, p. 203)*

---

<sup>2</sup> MORAIS, Carlos Blanco. *De novo a querela da “unidade dogmática” entre direitos de liberdade e direitos sociais em tempos de “exceção financeira”*. Disponível em: <<https://www.e-publica.pt/volumes/v1n3a05.html>>. Acesso em: 05 mai. 2019, 16h24.

Verifica-se, portanto, uma certa incongruência no raciocínio exposto por Alexandre de Moraes. Ao mesmo tempo em que reconhece a diferença existente entre direitos individuais e sociais no tocante à autoaplicabilidade, pois os segundos dependeriam de norma regulamentadora para serem exigidos, afirma que ambos podem utilizar-se do mandado de injunção para exigir seu cumprimento, quando houver mora do Poder Legislativo.

Nota-se, portanto, que na realidade existe uma diferenciação quanto à autoaplicabilidade dos direitos sociais. Isto porque não caberia ao Poder Judiciário criar norma regulamentadora *erga omnes* e *ultra partes* no caso de sua inexistência. Caso seja demandado para julgamento de mandado de injunção, a decisão proferida em tal ação restringir-se-ia às partes, sob pena de ferir a separação dos poderes e invadir a esfera de independência do Poder Executivo na definição e implementação de políticas públicas, as quais dependem, além da definição de conveniência e oportunidade, da existência de recursos financeiros.

Nesse sentido, citamos como exemplo a decisão quanto ao direito de greve proferida pelo Supremo Tribunal Federal no MI 712, na qual se autorizou o exercício do direito apenas para o caso concreto. Sobre essa decisão, comentaremos a seguir com mais profundidade.

Como já mencionado, o artigo 60, §4º da CF impossibilita a alteração por emenda constitucional dos direitos e garantias individuais. São as cláusulas pétreas, as quais limitam materialmente o poder constituinte derivado ao produzir normas constitucionais. Desta vez, neste dispositivo legal, o constituinte não se utilizou da expressão “direitos fundamentais”, mas da expressão “*direitos e garantias individuais*”.

Desse modo, ao que parece, o legislador constituinte não teve a intenção de estabelecer a imutabilidade e impossibilidade de supressão a todos os direitos fundamentais previstos na Constituição, mas apenas aos “direitos e garantias individuais”.

Sendo assim, ainda que se considere a natureza constitucional dos direitos individuais e dos direitos sociais, o regime jurídico de proteção dos direitos individuais clássicos revela sua superioridade.



## 2.2 A questão dos custos dos direitos de liberdade e dos direitos sociais

Os custos com os direitos sociais são quantitativa e qualitativamente muito superiores aos custos com a proteção dos direitos de primeira geração.

Como exemplo, podemos mencionar a questão do fornecimento de medicamentos de alto custo pelo Estado. Ao proferir decisão judicial condenatória quanto à obrigatoriedade do fornecimento individual do medicamento, todo o sistema público de saúde é onerado, em detrimento do acesso universal da sociedade ao direito básico à saúde.

Entretanto, a jurisprudência de nossa Corte Constitucional foi construída no sentido de se garantir um direito subjetivo de se exigir um mínimo existencial indispensável à saúde e ao bem-estar, além da mera garantia institucional e programática<sup>3</sup>.

Contudo, apesar do Supremo Tribunal Federal (STF) entender pela necessidade de sopesamento entre garantia do mínimo existencial e a reserva do possível, entende também que há necessidade de se garantir o direito à universalidade de acesso à saúde e não apenas assegurar o direito individual do jurisdicionado.

Já os custos com a proteção dos direitos de liberdade acabam por se misturar com os gastos com a própria manutenção do Estado Constitucional de Direito, diluindo-se nos gastos públicos gerais, assim como no caso da realização das eleições, com a qual se preserva um direito fundamental, bem como a autonomia do próprio Estado.

## 2.3 O conteúdo programático dos direitos sociais constitucionais

O artigo 6º da Constituição de 1988 estabelece quais são os direitos sociais protegidos pelo diploma legal: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados, “na forma desta Constituição”<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Nesse sentido, citamos o RE 267612 de relatoria do Ministro Celso de Melo, o STA 175 de relatoria do Ministro Gilmar Mendes e o RE 855178 de relatoria do Ministro Luiz Fux.

<sup>4</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm), acesso em: 14 mai. 2019, 15h21. Artigo 6º.

Como exemplo, iremos detalhar especificamente o direito à saúde, sabendo que a Constituição Federal lhe reserva um capítulo específico. Nos primeiros artigos, 196 e 197, já se verifica desde logo o conteúdo programático do direito protegido. Vejamos:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Resta claro nos dizeres constitucionais que o direito à saúde depende de políticas públicas e não será autoaplicável a todos, dependendo de regulamentação específica que poderá, ou não, conceder o direito subjetivo à saúde.

Já os direitos de liberdade clássicos são subjetivos, podem ser exercidos a qualquer tempo, independentemente de qualquer regulamentação, autorizando-se a utilização de todos os remédios constitucionais para sua defesa, como o *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção, ainda que este último também possa ser utilizado para defesa de direitos sociais.

O direito subjetivo ao direito social passará a existir quando houver lei que o regulamente.

De todo modo, como afirma Gilmar Mendes (2013, p. 5), a Constituição Brasileira é programática ou dirigente, sendo que tais formas de Constituição "*podem ser classificadas pela alta quantidade de normas de cunho programático*", e têm eficácia limitada, mas fundamenta, ao citar Canotilho, "*que o caráter programático dessas normas não as enfraquece frente aos demais preceitos constitucionais*".

## 2.4 Da aplicação do princípio da proporcionalidade aos direitos sociais

O princípio da proporcionalidade não deve ser usado para expandir o casuísmo utilizado pelo legislador ordinário ao esta-

belecer direitos subjetivos sociais. Por exemplo, se o legislador optou por conceder benefício assistencial a pessoas com mais de 70 anos, não pode a jurisprudência, ou o intérprete constitucional, estender o benefício àqueles com mais de 65, com base no princípio da proporcionalidade.

Isto porque os direitos sociais dependem de políticas públicas, das necessidades e possibilidades do Estado, *“salvo desproporção manifesta e consensual ou largamente admitida pelo Tribunal”*<sup>5</sup>.

## 2.5 Os “limites dos limites”, o núcleo essencial e o mínimo existencial

Os direitos sociais são direitos de igualdade. Partindo-se desse ponto, os direitos sociais não podem ser desvirtuados no sentido de serem garantidos em decorrência de um direito ao mínimo essencial, estando este mínimo fundado no direito fundamental da dignidade da pessoa humana. Ou seja, seu fundamento não pode ser exclusivamente o direito individual da dignidade da pessoa humana.

A Constituição Brasileira, por sua vez, não trata expressamente do conceito de “núcleo essencial” dos direitos fundamentais. No entanto, as cláusulas pétreas vedam a supressão dos direitos e garantias individuais. Contudo, como já explicitamos anteriormente, o artigo 60, §4º não inclui os direitos sociais, visto que utiliza a expressão “direitos e garantias individuais”. Há opiniões contrárias a tal entendimento, as quais afirmam que os direitos sociais também estão incluídos nas cláusulas pétreas.

Ainda que assim não se entenda, há um núcleo de proteção essencial para todos os direitos fundamentais previstos na Constituição, inclusive os direitos sociais. Esse núcleo essencial é o “limite do limite”, sob pena de supressão do próprio direito.

## 2.6 Da reserva legal

No tocante aos direitos individuais, há limitação quanto à alteração dos direitos políticos por meio de medidas provisórias, conforme estabelecido no artigo 62, §1º, a da Constituição Fe-

<sup>5</sup> MORAIS, Carlos Blanco. *De novo a querela da “unidade dogmática” entre direitos de liberdade e direitos sociais em tempos de “exceção financeira”*. Disponível em: <<https://www.e-publica.pt/volumes/v1n3a05.html>>. Acesso em: 14 mai. 2019, 16h24, p. 19.

deral<sup>6</sup>. Tal limitação é inexistente no que se refere à alteração dos direitos sociais, os quais podem ser alterados por meio de medida provisória.

Essa afirmação também vale quanto às alterações por meio de leis delegadas, como disposto no artigo 68, §1º, inciso II da Constituição Federal de 1988.<sup>7</sup>

## 2.7 O controle de constitucionalidade por omissão e a proteção dos direitos individuais e sociais

No ordenamento jurídico brasileiro, há a previsão de duas ações para proteger os direitos individuais e sociais da omissão legislativa, quais sejam, a ação de inconstitucionalidade por omissão e a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A ação de inconstitucionalidade por omissão (ADPF) visa a obrigar a emissão de legislação capaz de permitir o exercício do direito previsto em norma constitucional. Aplica-se não apenas aos direitos fundamentais genericamente, mas a qualquer norma constitucional que exige produção de legislação para seu exercício.

O artigo 102, §1º da Constituição prevê, ainda, a arguição de descumprimento de preceito fundamental. Tal previsão constitucional foi regulamentada pela Lei nº 9.882/99, e permite sua utilização para evitar lesão a preceito fundamental ou para reparar a lesão quando já efetivada. A decisão proferida em sede de ADPF pelo Supremo Tribunal Federal tem efeitos *erga omnes* e vinculantes. Há, também, previsão de utilização deste instru-

<sup>6</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 14 mai. 2019, 15h21." Art. 62. *Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional. § 1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria: I - relativa a: a) nacionalidade, cidadania, direitos políticos, partidos políticos e direito eleitoral; (...).*

<sup>7</sup> Idem. Art. 68. *As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar a delegação ao Congresso Nacional.*

§ 1º Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:

(...)*II - nacionalidade, cidadania, direitos individuais, políticos e eleitorais; (...)*".

mento para discussão sobre constitucionalidade de ato normativo anterior à Constituição.

Em decisão proferida na ADPF-MC/45/DF, cujo relator foi o Min. Celso de Mello, restou decidido que a ADPF é a ação cabível para concretizar os direitos sociais, conforme consubstanciado na sua ementa:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

As ações inerentes ao controle de constitucionalidade por omissão, portanto, podem ser utilizadas na proteção de todos os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, sejam individuais ou sociais.

## 2.8 A cláusula pétrea

O artigo 60, §4º da Constituição Federal, conhecido como cláusula pétrea, impede a alteração por emenda constitucional dos direitos e garantias individuais, garantindo o limite material para alteração dos direitos de tais direitos.

No caso brasileiro, a Constituição não pode ser emendada para abolir a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e as garantias individuais<sup>8</sup>.

Além disso, se houver desrespeito ao artigo 60 em emendas constitucionais, estas deverão ser objetos de controle de constitucionalidade.

Parte da doutrina entende que alguns direitos sociais, enquanto direitos fundamentais, também estão protegidos pela cláusula pétreia, “*uma vez que nossa Constituição Federal determinou a imutabilidade aos direitos e garantias individuais, estejam ou não no rol exemplificado do artigo 5º*” (MORAES, 2003, p. 934).

Entendemos, no entanto, que os direitos sociais não estão protegidos por tal impossibilidade de alteração, sendo que uma revisão constitucional poderia alterar o direito à previdência social, por exemplo, como já ocorreu previamente para determinados direitos e como se pretende fazer no atual projeto de reforma da Previdência<sup>9</sup>.

### 3 Manifestações do Supremo Tribunal Federal sobre o tema

#### 3.1 Mandado de Injunção 712 – Direitos de greve dos servidores públicos

Há que se mencionar importante decisão do nosso Tribunal Constitucional sobre a ampliação dos direitos sociais, ao julgar o MI 712 sobre o direito de greve dos servidores públicos.

O direito de greve está previsto no artigo 9º da Constituição Federal para os trabalhadores em geral e no artigo 37, VII para os servidores públicos. Com relação aos servidores, para o exercício de tal direito social há necessidade de elaboração de norma regulamentadora, inexistente até o presente momento.

O STF, ao julgar Mandado de Injunção sobre o tema, garantiu o exercício do direito de greve ao servidor. No entanto, não transgrediu a linha da mutação constitucional, pois autorizou o exercício do direito apenas no caso concreto, não concedendo efeito

<sup>8</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 14 mai. 2019, 16h06. Artigo 60, §4º.

<sup>9</sup> PEC 6/2019.

<sup>10</sup> O professor Georges Abboud, em seu livro *Processo Constitucional Brasileiro*, não tratou especificamente acerca da diferenciação dos direitos fundamentais e direitos sociais. Contudo, pela sua terminologia, ao mencionar nas fls. 496, “*direitos fundamentais sociais*”, entendemos que não faz tal distinção, aproximando-se da teoria da unidade dogmática entre direitos fundamentais e sociais.

*erga omnes* à sua decisão. Segundo Georges Abboud<sup>10</sup>, caso fosse concedido efeitos difusos à decisão,

transformar-se-ia o mandado de injunção em instrumento apto a permitir que o STF legislasse sempre que houvesse omissão do Legislativo, o que desvirtuaria sua natureza de garantia fundamental apta a garantir a eficácia dos direitos fundamentais sociais. (ABBOUD, 2018, p. 496)

O ministro Eros Grau, relator do referido MI, em seu voto estabeleceu que

não se aplica ao direito de greve dos servidores públicos, repito-o, exclusivamente, e em sua plena redação, a Lei n. 7.783/89, devendo o Supremo Tribunal Federal dar os parâmetros de seu exercício. Esses parâmetros hão de ser definidos por esta Corte de modo abstrato e geral<sup>11</sup>.

### 3.2 ADPF 132 – União homoafetiva

A ADPF 132, referente à união homoafetiva, operou uma verdadeira mutação constitucional na intenção de defender os direitos individuais. Extraiu do texto constitucional sentido não literal, baseando-se no sistema constitucional como um todo, no princípio da igualdade entre os sexos e na proteção dos direitos das minorias homossexuais.

Não se trata de interpretação conforme a Constituição, tendo em vista que esta implica em reduzir o sentido da norma para apenas aquele ou aqueles que estão em conformidade com o disposto no texto constitucional.

Trata-se, de fato, de verdadeira mutação constitucional, ampliando o sentido da norma para incluir união homoafetiva no conceito de casamento existente na lei. Considerando que houve criatividade na interpretação, pois não havia tal conceito nos dizeres legais, configurou-se em mutação impura, conforme conceitua Carlos Blanco de Moraes.

<sup>11</sup> STF, MI 712/PA, Tribunal Pleno, j. 25.10.2007, rel. Min. Eros Grau, DJE 30/10/2008.

### **3.3 Direito à saúde RE 657718 – Não obrigatoriedade de fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA pelo Poder Público e RE 259.508 – Distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes e a portadores de HIV/AIDS**

Não se pode olvidar de mencionar julgamento recente do Supremo Tribunal Federal ao apreciar o Tema 500 de Repercussão Geral, o qual fixou a seguinte tese:

1. O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais. 2. A ausência de registro na ANVISA impede, como regra geral, o fornecimento de medicamento por decisão judicial. 3. É possível, excepcionalmente, a concessão judicial de medicamento sem registro sanitário, em caso de mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras);(ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. 4. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União”, vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 22.05.2019.

A proteção ao direito individual à saúde é assegurada pela Corte Constitucional, mas também se analisa a manutenção da universalidade do acesso a tal serviço, no sentido de que não se pode utilizar os recursos materiais em prol do direito individual sem sopesar a garantia do direito coletivo de acesso. Nessa direção foi a fundamentação do voto proferido no mencionado Tema 500 pelo Ministro Alexandre de Moraes.

No RE 259.508, o STF optou por privilegiar questões orçamentárias de Estado, considerando que decidiu que não caberia o controle da conveniência e oportunidade para *“atender demanda da população na área da saúde, sob a justificativa de que seria ofensa ao princípio da separação de poderes”* (PIOVESAN, 2010, p. 24).



Verificamos que a jurisprudência oscila na questão do acesso à saúde ao garantir direitos individuais específicos, como, por exemplo, ao fornecimento de medicamentos, mas evita interferir na conveniência e oportunidade administrativas quanto à definição de políticas públicas e preservar o princípio da separação dos poderes.

## Conclusão

A conclusão que se extrai do presente artigo é no sentido da existência de efetiva diferenciação constitucional e na jurisprudência em relação aos direitos sociais se compararmos com a proteção aos direitos individuais.

Contudo, os argumentos da tese contrária não podem ser desconsiderados, pois também estão fundamentados em bases sólidas.

A solução, portanto, seria uma compatibilização das teorias expostas, no sentido de sopesar os direitos sociais fundamentais e os princípios da separação dos poderes, da conveniência e oportunidade das políticas públicas, bem como a universalidade do acesso aos direitos sociais.

A tarefa exercida pelo Supremo Tribunal Federal na solução é de extrema importância ao buscar não interferir de forma negativa nas atividades do Poder Legislativo, respeitando a esfera política na formulação de políticas públicas, mantendo sua atribuição de guardião da Constituição.

Por certo que a Constituição é uma obra inacabada, em constante transformação e a jurisdição constitucional tem enorme importância no sentido de promover tais transformações, buscando a manutenção e retroalimentação da democracia ao preservar e maximizar os direitos fundamentais como pilares do Estado de Direito.

## Referências

- ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- CANOTILHO, J.J. Gomes Canotilho; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.
- DAHL, Robert. **Decision making in a democracy**: The Supreme Court as a national policy-maker. Irvington Pub: 1957.
- HABERLE, Peter. **El Estado constitucional**. Ciudad de México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Mutações constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2017.

\_\_\_\_\_. **As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos**: autópsia de um acórdão controverso. In: JURISMAT, Portimão, n° 3, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al. **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Art. 6°. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes et al (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

# A participação popular nas contratações públicas do Brasil e da Argentina como reflexo do direito fundamental à Boa Administração

**Renila Lacerda Bragagnoli**

*Advogada da Companhia de Desenvolvimento dos Vales do São Francisco e Parnaíba – Codevasf  
Mestranda em Direito Administrativo e Administração Pública pela Universidade de Buenos Aires (UBA),  
Especialização em Políticas Públicas, Gestão e Controle da Administração pelo Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP/DF)*

## Resumo

O desenvolvimento do princípio da Boa Administração como direito fundamental traz a necessidade cada vez maior de integração entre a sociedade e a gestão pública, de maneira que o Brasil desenvolveu o Procedimento de Manifestação de Interesse Privado e, a Argentina, a Iniciativa Privada, institutos de participação social em matéria de contratações públicas, com vistas à permitir a colaboração da seara privada na definição e na implementação de políticas públicas da Administração, o que reflete, sobremaneira, a nova tendência do Direito Administrativo em se aproximar o Direito Privado como forma eficiente de atender aos interesses de todos os envolvidos.

Palavras-chave: Boa administração. Políticas públicas. Participação social. Contratações públicas.

## Resumen

El desarrollo del principio de Buena Administración como un derecho fundamental trae una creciente necesidad de integración entre la sociedad y la gestión pública, de modo que Brasil ha desarrollado el *Procedimiento de Manifestación de Interesse Privado* y, Argentina, la Iniciativa Privada, institutos de participación social en materia de contratación pública, con miras a permitir la colaboración del sector privado en la definición e implementación de las políticas públicas, lo que refleja,

sobre todo, la nueva tendencia del Derecho Administrativo al abordar el Derecho Privado como una forma eficiente de garantizar los intereses de todos los involucrados.

Palabras clave: Buena administración. Políticas públicas. Participación social. Contrataciones públicas.

## Introdução

Uma tendência relevante do Direito Público contemporâneo é sua proximidade com o Direito Privado, para que, além de tentar fortalecer as relações entre o Estado e os indivíduos, a Administração ofereça e incentive práticas de iniciativa popular, não apenas para aproximar o administrado da Gestão Pública, mas também como forma de integrar a sociedade ao Poder Executivo, fazendo com que esta participe das decisões e escolhas sobre quais políticas públicas devem ser desenvolvidas e implementadas.

Um grande princípio que hodiernamente se desenvolve e ganha robustez é o da Boa Administração, o que implica, necessariamente, a presença real daqueles que compõem a cidadania, “evitando que as fórmulas fechadas que procedem das ideologias deste jaez excluam de sua consideração determinados setores sociais” (RODRÍGUEZ-ARAÑA MUÑOZ, 2012, p. 37).

Como conclama o qualificado professor Juarez de Freitas (2015), é urgente “libertar a avaliação do preconceito de que as políticas públicas seriam essencialmente programas de governo”, haja vista que, em consonância com o Estado Democrático de Direito, “como nunca, a legitimidade reivindica o hábil e tempestivo cumprimento de obrigações enfeixadas no direito fundamental à boa administração pública”, pressupondo “a construção de ambiente institucional amigável para parceiros público-privados”.

Alinhavado com esse entendimento, destaca-se que um dos elementos que integram as políticas públicas é o planejamento, o qual, conforme delimita Fonte (2015, p. 84),

Situa-se num âmbito próprio, diferenciado das leis (normas gerais) e dos atos administrativos (concretos), exatamente porque, ao lado das regras, também consagram princípios e diretrizes. Sua natureza é híbrida, e ele possui singular importância em matérias de políticas públicas,

pois, conforme pontuado, permite transparência e racionalização no âmbito da atividade administrativa, reduzindo, ainda, o espaço de discricionariedade do administrador.

É nesse elemento que a participação social se faz necessária, a partir de mecanismos que possibilitem que as partes que não integram a Administração Pública possam colaborar com o planejamento das políticas públicas, considerando que este elemento permite aos indivíduos se preparem adequadamente à ação governamental, ante a transparência necessária, bem como atuem, conjuntamente com a Administração, de maneira racional, excluindo-se o elemento aleatório da ação estatal (FONTE, 2015, p. 82).

Nessa esteira, Rodriguez-Araña (2012, p. 38) é assertivo ao afirmar que

A determinação dos objetivos das políticas públicas não pode operar-se realmente se não for a partir da participação cidadã. A participação cidadã configura-se como um objetivo público de primeira ordem, já que constitui a própria essência da democracia e, por isso, ocupa um lugar sobressalente entre os parâmetros centrais do bom governo e da boa administração; uma atuação pública que não persiga, que não procure um grau mais alto de participação cidadã, não contribuiu com o enriquecimento da vida democrática e se opera, portanto, em detrimento dos mesmos cidadãos aos quais se pretende servir. Mas a participação não se formula somente como objetivo político, eis que as novas políticas públicas reclamam a prática da participação como método.

Sob essa perspectiva, o Direito Administrativo ganha relevo no Estado Democrático, sendo, nas palavras de Rodriguez-Araña (2012, p. 133), “um Direito do poder público para a liberdade solidária” e, nesse sentido, a participação popular como método, especialmente em procedimentos de contratações públicas, foi desenvolvida através de institutos similares na Argentina e no Brasil, tendo em conta que, em matéria de atendimento ao interesse geral, as contratações públicas são os mecanismos clássicos que garantem o atendimento do interesse público e a efetividade dos direitos fundamentais.

## O Procedimento de Manifestação de Interesse do Brasil

No Brasil, a Lei nº 13.303/16 prevê expressamente a possibilidade de adotar o Procedimento de Manifestação de Interesse Privado - PMI<sup>1</sup> para receber propostas e projetos de empresas, a fim de atender às necessidades previamente identificadas, delegando ao regulamento a definição de regras específicas, para que o autor do projeto possa participar da licitação para a execução do projeto (possibilidade proibida em outras legislações nacionais) e possa ser compensado pelos custos aprovados pelos órgãos que executaram o PMI, caso não ganhe o certame, desde que haja a cessão dos direitos autorais.

O PMI é, portanto, um instituto com vistas à plena execução da função social da empresa estatal, pois visa a captar o conhecimento desenvolvido pela iniciativa privada, através do diálogo com o mercado, permitindo que as interessadas apresentem soluções previamente ditas como viáveis para subsidiar licitações futuras.

A partir de uma ampla análise do sistema jurídico, o instituto não é uma inovação da Lei nº 13.303/16, já havia sido consolidado dentro do escopo restrito de concessões de serviço público e parcerias público-privadas, sendo regulado pelo Decreto nº 8.428/15, o qual, por sua vez, não possui cumprimento obrigatório por parte das empresas estatais.

Conforme definido por Bittencourt (2017, p. 136), foi um instrumento adotado por concessões e PPPs com resultados eficientes, o que levou o legislador a entender que também poderia ser bem aplicado nas licitações realizadas pelas empresas estatais, em razão do seu novo regime licitatório inaugurado pela Lei nº 13.303/16, de modo que

Na prática, a Administração expede um edital de chamamento público para que os eventuais

---

<sup>1</sup> Art. 31 [...] § 4º A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão adotar procedimento de manifestação de interesse privado para o recebimento de propostas e projetos de empreendimentos com vistas a atender necessidades previamente identificadas, cabendo a regulamento a definição de suas regras específicas.

§ 5º Na hipótese a que se refere o § 4º, o autor ou financiador do projeto poderá participar da licitação para a execução do empreendimento, podendo ser ressarcido pelos custos aprovados pela empresa pública ou sociedade de economia mista caso não vença o certame, desde que seja promovida a cessão de direitos de que trata o art. 80.

interessados privados apresentem estudos e projetos específicos, conforme regras predefinidas, que possam ser úteis à elaboração do edital de licitação pública e ao contrato.

Embora seja um instituto previsto pela Lei das Estatais em busca de contratações mais eficientes, a Lei não detalhou seu procedimento, o que fica delegado à regulamentação interna de cada entidade, podendo ser utilizadas as balizas trazidas pelo Decreto nº 8.428/15<sup>2</sup>, que foi recentemente alterado pelo Decreto nº 10.104/19<sup>3</sup>.

O uso do PMI busca diagnosticar, antecipar e resolver, inclusive na fase interna da licitação, qualquer problema que possa surgir durante o processo de contratação, uma vez que seu escopo não é apenas fortalecer a participação da iniciativa privada na formulação de políticas públicas ou administrativas, mas também tem a natureza de ser um método eficaz para reduzir a disparidade de informações entre a administração e o mercado, que geralmente possui o maior conhecimento técnico, como frisou Binenbojn (2017, p. 215).

Dessa forma, o instituto é um procedimento administrativo consultivo prévio, pelo qual a Administração Pública, de acordo com Schiefler (2015),

Lança e conduz um edital de chamamento público para que os eventuais interessados sejam autorizados a apresentar estudos e projetos específicos, conforme diretrizes predefinidas, que sejam úteis à elaboração do edital de licitação pública e ao respectivo contrato.

Embora se reconheça que o PMI é um instrumento relevante para reduzir a assimetria de informações observada entre a Administração Pública e a seara privada, seu maior valor é, sem

<sup>2</sup> Dispõe sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse a ser observado na apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, a serem utilizados pela administração pública.

<sup>3</sup> Alterou a finalidade inicial do Decreto nº 8.428/15 para ser um instrumento para com o propósito de subsidiar a administração pública na estruturação de desestatização de empresa e de contratos de parcerias e não mais apenas para subsidiar a estruturação de projetos de concessões e parcerias público-privadas.

dúvida, o benefício potencial da eficiência democrática, haja vista que uma das características do instituto é a abertura necessária à participação popular no processo de tomada de decisões administrativas, mesmo para agentes que não representam os interesses de uma sociedade empresarial, como organizações da sociedade civil ou cidadãos comuns.

Portanto, estima-se um potencial para materializar uma democracia participativa, sendo o PMI parte de um “contexto político-social cujo diálogo entre a Administração Pública e os indivíduos privados é inevitável e necessário. Assim, atribuiu autonomia jurídica e institucionalizou essa relação antes da licitação, com procedimento administrativo e participativo”, como pontuou Schiefler (2015), de maneira que se revela, mediante adoção do Procedimento de Manifestação de Interesse Privado, à efetividade do direito fundamental à boa administração, nas modernas linhas principiológicas que compõem o Estado Democrático de Direito.

### **A previsão do PMI no Projeto da “Nova Lei de Licitações”**

Inspirado pelas disposições da Lei nº 13.303/16, legislação primeira que adotou o Procedimento de Manifestação de Interesse Privado para fins de licitações e contratos administrativos, alargando a margem de atuação que, inicialmente, pertencia apenas à seara de concessões, parcerias público-privadas, e, mais recentemente, estruturação de desestatização, o potencial para que o PMI sirva como uma instituto apto a promover a participação, de maneira democrática, da iniciativa privada nas decisões da Administração, foi reconhecido também no PL 1292/1995, o Projeto de Lei da “Nova Lei de Licitações”<sup>4</sup>.

É conveniente rememorar, o que é feito tempestivamente por Moreno (2019), que a Lei nº 8.666/93 não admite o PMI porque, atualmente, o seu art. 9º veta a participação, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários, (i) do autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica; e (ii) de empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado; e, ainda, (iii) de servidor

<sup>4</sup> Atualmente, o PL encontra-se no Senado Federal, aguardando votação.



ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

Como já esclarecido por Fortini e Rainho (2019), o referido Projeto de Lei “avança na ideia de diálogo, participação e consensualidade entre administração pública e iniciativa privada”, objetivando tal intento quando,

A Redação Final do Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei nº 1.292-F de 1995 do Senado Federal, prevê no artigo 77 que o procedimento de manifestação de interesse terá a natureza jurídica de procedimento auxiliar das licitações e contratações públicas, em conjunto com institutos como credenciamento, pré-qualificação, sistema de registro de preços e registro cadastral.

Para as autoras, além de poder limitar o instituto apenas às *startups*,

O PMI regulado em linhas gerais no art. 80 do PL nº 1.292/1995 mantém a essência atual, inclusive no que tange à disponibilização dos estudos, ao ressarcimento pelo vencedor da licitação, à ausência de direito de preferência em eventual procedimento licitatório e a não vinculação da administração pública à realização da licitação. Pela proposta do projeto de lei que revogará a Lei nº 8.666/1993, a Administração poderá solicitar à iniciativa privada a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública. A solicitação se dará por meio de PMI, que continuará sendo instaurado mediante a publicação de edital de chamamento público.

Dispõe a proposta de nova lei geral de licitações brasileira que a aceitação dos produtos e serviços advindos do PMI será precedida de parecer fundamentado da Administração, no qual se demonstrará que o produto ou serviço entregue é adequado e suficiente à compreensão do objeto, que as premissas adotadas são compatíveis com as reais necessidades do órgão e que a metodologia proposta é a que propicia maior economia e vantagem entre as demais possíveis.

A iniciativa de ampliar o escopo do PMI no Projeto da Nova Lei de Licitações recepciona o avanço que foi realizado pela Lei das Estatais ao prever o instituto como passível de utilização nos procedimentos licitatórios, como forma de melhor aproveitar a *expertise* do mercado privado, além de servir como elemento de efetivação da participação social da Administração Pública.

## A Iniciativa Privada da Argentina

Na Argentina, há o Decreto 966/2005<sup>5</sup>, que dispõe sobre o regime da Iniciativa Privada, orientado a estimular indivíduos a participarem de projetos de infraestrutura, sejam obras públicas, concessão de obras públicas, serviços públicos, licenças e/ou qualquer outra modalidade, a serem desenvolvidos através dos diversos sistemas de contratação.

Refere-se à modernização e ao desenvolvimento de novas alternativas para contratação de bens e serviços, realizando o deslocamento do poder do Estado e a redução do Estado Nacional, conglobando no processo de análise e implementação de políticas públicas mais sujeitos entre os diversos operadores jurídicos e econômicos nos mercados de contratações públicas.

No marco da transformação do Estado, nasce este mecanismo da Iniciativa Privada como instrumento de ação que permite a descentralização da definição de políticas públicas para indivíduos comprometidos com o Estado, ao mesmo tempo em que gera participação privada nos benefícios e riscos de projetos de grande escala, sendo um método de financiamento privado de infraestruturas públicas, pois atribui ao iniciador todos os riscos do projeto.

Destarte, a edição do Decreto argentino insere-se como reflexo do direito fundamental à boa administração, à medida que, conforme expôs Rodriguez-Araña (2012, p. 134),

Os cidadãos já não são sujeitos inertes que recebem, única e exclusivamente, bens e serviços públicos do poder. Agora, por conta de sua inserção no Estado Social e Democrático de Direito, convertem-se em atores principais da definição e avaliação das diferentes políticas públicas.

<sup>5</sup> O Decreto 966/2005 aplica-se a projetos de infraestrutura, apresentados por particulares, e contempla duas modalidades: o concurso público ou o concurso de projetos integrais.

Para Rodríguez Garay *et al* (2013), a Iniciativa Privada responde a uma dupla natureza, entendendo que, por um lado, é um procedimento administrativo em que o objeto e o conteúdo contratual são determinados e, por outro, denota um sistema de preferências, registrando que os indivíduos podem apresentar propostas que, se declaradas de interesse público, terão vantagens sobre outros concorrentes na licitação pública.

O procedimento da iniciativa privada é baseado na apresentação espontânea do indivíduo, dado que não há possibilidade de a Administração Pública convocar indivíduos para apresentar seus projetos. A estrutura legal, o Decreto 966/2005, estabelece claramente os requisitos de admissibilidade das propostas, podendo impor requisitos adicionais em busca do interesse público.

Para Damsky (2007), que cita Mairal, a modernização e o desenvolvimento de novas alternativas de contratação de bens e serviços apresentados pelo Direito Administrativo moderno também foram caracterizados pelo ditado das normas reguladoras da iniciativa privada, de modo que novas técnicas de contratação administrativa têm um denominador comum: o deslocamento do poder do Estado, que conhecíamos centralizado, e a redução do Estado Nacional, de maneira a integrar e conclamar a participação dos vários operadores jurídicos e econômicos do mercado de contratações públicas.

O que se deseja é, portanto, que a sociedade (pessoas físicas ou jurídicas) participe da implementação de políticas públicas, tanto na perspectiva de apresentar as soluções desejadas, quanto indicando onde essas medidas podem ser tomadas, com o objetivo de alcançar as melhores condições em busca do estado de bem-estar social, sendo a Iniciativa Privada uma estrutura tanto para o financiamento privado de projetos quanto para o nível de intervenção ou envolvimento de sujeitos privados na coexecução de empreendimentos públicos.

É conveniente destacar que o instituto argentino tem como gênese uma necessidade pública ainda não identificada e/ou classificada como de interesse público, o que acontece após a verificação da demanda pela sociedade civil ou por empresas privadas que, identificando a demanda, intenta qualificá-la como política pública, com vistas à sua implementação, a partir das modalidades de contratação expostas doravante.

Neste diapasão,

A participação dos cidadãos no espaço público está, pouco a pouco, abrindo novos horizontes

que permitem, a partir da conclusão convencional dos procedimentos administrativos, passando pela presença cidadã na definição das políticas públicas, chegar a uma nova forma de entender os poderes públicos, que agora já não são estritamente compreendidos a partir da unilateralidade, mas sim a partir de uma pluralidade que permite a integração da realidade social no exercício das prerrogativas públicas (RODRÍGUEZ-ARAÑA MUÑOZ, 2012, p. 143).

Dentro das novas formas de se contratar, e em resposta ao papel que o setor privado adquire - não apenas no financiamento de infraestrutura, mas também como resultado de seu envolvimento em modalidades associativas -, é notável que há uma mudança no regime de planejamento da contratação pública, evidenciado pelo estabelecimento de mecanismos de participação dos atores envolvidos, especialmente considerando que o vulto e a complexidade técnica dos trabalhos podem recomendar justamente a integração com a iniciativa privada, de modo que as técnicas de participação da sociedade junto à Administração enriquecem o incentivo e o desenvolvimento à criação de instituições para a troca para o atendimento de interesses (públicos e privados).

### **Uma breve análise comparativa dos institutos**

Após as considerações gerais feitas anteriormente sobre os institutos, faremos a comparação deles sob a perspectiva de uso prático na Administração, a saber, que “almeja-se o Estado da racionalidade aberta, não-cartesiana, em vez do predomínio senhorial, subproduto do patrimonialismo, avesso à ativação de direitos fundamentais de todas as dimensões”, como frisou Juarez de Freitas (2015a), perfazendo a concretude de tal intento a partir de escolhas administrativas legítimas, não apenas as pautadas nos clássicos corolários da legalidade, moralidade, motivação, mas, fundamentalmente, atreladas à participação social.

Na Argentina, como já foi dito, a Iniciativa Privada é regulamentada pelo Decreto 955/2005, sendo um instituto que busca incentivar os indivíduos a participar de projetos de infraestrutura, podendo ser obras públicas, concessão de obras públicas, serviços públicos, licenças e/ou qualquer outra modalidade que possa ser desenvolvida através dos diferentes sistemas de contratação regulados pelas leis que o próprio Decreto especifica.

O Decreto argentino também previu, de maneira muito clara, a intenção de políticas públicas que o Estado Nacional deve tender ao desenvolvimento de atividades de interesse público, destacando-se, entre elas, aquelas destinadas a promover mecanismos de incentivo à atividade privada, motivando indivíduos para esse fim, por meio de diferentes instrumentos ágeis e idôneos, como a Iniciativa Privada que regula.

No Brasil, por sua vez, o Decreto nº 8.428/15, o qual regulamenta o Procedimento de Manifestação de Interesse Privado, não faz nenhuma referência à promoção da participação cidadã, embora preveja que o instrumento que regulamenta é a apresentação de projetos, pesquisas investigações ou estudos, por peso físico ou legal, de uma diretiva privada, com o objetivo de subsidiar a administração pública de contratos de desestatização e parceria de empresas, nos termos de seu art. 1º.

Não há caracterizações adicionais na Lei nº 13.303/16<sup>6</sup>, que é singela e afirma que o PMI será utilizado para “recebimento de propostas e projetos de empreendimentos com o objetivo de atender necessidades previamente identificadas, podendo regular seus retornos específicos”; porém, para cada empresa estatal pode regular o PMI de maneira autônoma, desde que se observe o Decreto nº 8.428/15, vez que tem viés de regra geral. Também não há maiores definições no Decreto nº 10.104/19, a mais recente regulamentação para tratar do assunto.

Diferentemente do PMI brasileiro, em que a competência para a abertura, autorização e aprovação do instituto é da mais alta autoridade do órgão ou entidade da Administração competente para realizar a licitação ou a elaboração dos projetos, na Argentina, a Comissão de Avaliação e Desenvolvimento de Iniciativas Privadas tem a competência para o recebimento e avaliação de projetos da Iniciativa Privada. Fixada a perspectiva de que, no sistema argentino, a Iniciativa Privada possui caráter mais centralizado do que no Brasil.

De acordo com o decreto argentino, os requisitos mínimos de admissibilidade da Iniciativa Privada são a identificação do projeto e sua natureza; as bases de sua viabilidade econômica e técnica; o valor estimado do investimento; o histórico completo do autor da iniciativa e a fonte de recursos e financiamento, que devem ser privados, além de ser necessária a garantia de manutenção ou fiança bancária.

<sup>6</sup> Art. 31, §4º.

No Brasil, a proposta do PMI deve conter a descrição do projeto, com os detalhes das necessidades públicas que serão atendidas, e o projeto, levantamentos, pesquisas e estudos necessários, e serão apresentados após o chamamento público promovido pela autoridade competente por meio de um aviso que deve conter, entre outros elementos, a delimitação do escopo, os valores da remuneração e os critérios de avaliação e seleção dos projetos, nos termos do art. 4º do Decreto nº 8.428/15. Não há, como na Argentina, a necessidade de apresentar uma garantia ou caução.

No sistema argentino, uma vez atingidos os requisitos de elegibilidade e decidida a qualificação da proposta como de interesse público e sua inclusão no Regime de Iniciativa Privada, o Ministério do Planejamento Federal, Investimento Público e Serviços terá competência para determinar a modalidade de contratação, a qual poderá ser Licitação Pública ou Concurso de Projetos Integrais.

Caso seja eleita a primeira opção, o já citado Ministério preparará os Termos e Condições da Licitação, com a documentação correspondente, estabelecida de acordo com os critérios técnicos, econômicos e jurídicos do projeto da Iniciativa Privada, e solicitará um Edital no prazo de 60 dias, contados a partir da definição de utilização da Licitação como forma de contratação.

No entanto, no caso de escolha pelo Concurso de Projetos Integrais, o responsável pela proposta de Iniciativa Privada deve enviar os Termos de Referência dos estudos, o prazo de execução e apresentação do projeto, além do custo estimado de sua conclusão, dentro do prazo de 30 dias, devendo, a mesma autoridade ministerial, convocar o Concurso de Projetos também dentro de 30 dias, contados a partir do vencimento do prazo do autor da Iniciativa Privada em apresentar os documentos referidos.

Sob o viés brasileiro, após a qualificação do PMI, admitindo as propostas dos participantes, o estudo ou projeto vencedor somente poderá ser objeto de Licitação Pública, onde o edital conterá "cláusula que condicione a assinatura do contrato pelo vencedor da licitação ao ressarcimento dos valores relativos à elaboração de projetos, levantamentos, investigações e estudos utilizados na licitação"<sup>7</sup>, sendo possível que o autor do estudo selecionado no procedimento do PMI participe do certame.

Cabe acrescentar que, na Argentina, além do autor da Iniciativa Privada também poder participar da Licitação ou do Con-

<sup>7</sup> Decreto nº 8.428/15, Art. 17.

curso de Projetos Integrals, há disposição expressa no Decreto 955/05 que, quando todas as propostas forem de conveniência equivalente, será dada preferência a quem tenha apresentado a Iniciativa Privada, entendendo-se, o Decreto, que há equivalência de ofertas quando a diferença entre a oferta do autor da proposta e a oferta mais qualificada não exceder 5% deste último.

No Brasil, contudo, não há prerrogativa semelhante. No Decreto nº 8.428/15<sup>8</sup>, inclusive, há previsão expressa de que a apresentação de projetos, pesquisas, investigações e/ou estudos não gera o direito de preferência no processo de licitação.

Em relação aos ressarcimentos, a regulamentação argentina admite que, caso o autor da Iniciativa Privada não seja o vencedor, terá o direito de receber do vencedor/adjudicatário, como honorários e despesas reembolsáveis, uma porcentagem de 1% do valor da proposta aprovada. No Brasil, o ressarcimento é eventual, cabendo ao próprio PMI definir as condições em cada caso concreto específico.

Em termos finais, a Iniciativa Privada argentina e o PMI brasileiro possuem a mesma natureza jurídica de serem instrumentos de participação popular/cidadã na Administração e Gestão Pública, apresentando, no entanto, algumas distinções processuais e materiais como exposto anteriormente, sem que, com isso, os institutos se desnaturem como elemento essencial do direito à boa administração, a partir de uma democracia participativa em que haja maior engajamento da iniciativa privada com os intentos estatais.

## Considerações finais

Os novos desafios colocados pelo Estado Contemporâneo para o desenvolvimento local de maneira participativa exigem a busca de instrumentos e metodologias inovadoras para formulação e avaliação que constituam novas oportunidades de investimento e desenvolvimento para o setor privado e, ao mesmo tempo, a possibilidade de aumentar a lucratividade social para o setor público e, nesses termos, a Iniciativa Privada na Argentina e o Procedimento de Manifestação de Interesse no Brasil são institutos relevantes que integram a Administração e a sociedade, sendo aptos a estimular e valorizar a participação popular, eliminando a centralização de políticas públicas apenas sob iniciativa do Estado.

<sup>8</sup> Art. 6º, inciso II.

Convém destacar que, no instituto argentino, é o particular que, voluntariamente, apresenta a sua proposta perante o Estado Nacional, para que seu intento seja qualificado como interesse público e incluído no regime da Iniciativa Privada, enquanto que, no Brasil, para a apresentação de propostas, é necessário atender preliminarmente ao chamamento da Administração, que já tem a demanda qualificada como de interesse público e deseja, para ela, soluções ou alternativas que a esfera privada possa apresentar, em razão de sua *expertise*.

Não obstante a esta sensível distinção referida supra, é forçoso obtemperar que “o conteúdo das políticas públicas não pode ser estipulado exclusivamente por governantes ou legisladores, com a coadjuvância opaca e subalterna dos outros atores constitucionais” (FREITAS, 2015b), de maneira que, independentemente do momento em que haja a atuação do particular na implementação e execução de políticas públicas, o pleno desenvolvimento e a adoção dos institutos aqui estudados são práticas que devem compor, mais rotineiramente, a atuação estatal.

Cada um dos institutos, com suas peculiaridades nacionais, a Iniciativa Privada na Argentina e o Procedimento de Manifestação de Interesse no Brasil, é um elemento importante para que haja maior participação particular na definição e implementação de políticas públicas, consubstanciando-se em relevantes instrumentos de integração e engajamento social nos termos do Estado Democrático de Direito, pois, como já dito, “não se coaduna com decisionismos subalternos, que redundam em obras inúteis e superfaturadas, desregulações temerárias, ilusionismos contábeis, dispensas licitatórias inapropriadas e subsídios divorciados das finalidades republicanas. Dito de outro modo, o segredo é bem priorizar” (FREITAS, 2015a), e o melhor e mais democrático meio de bem priorizar é garantir a participação do privado na Administração Pública.

## Referências

BINENBOJM, Gustavo. Disposições de caráter geral sobre licitações e contratos na Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016) In NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, Ana; MESQUITA, Daniel Augusto (Coord.). **Estatuto jurídico das**

**estatais: análise da Lei nº 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BITTENCOURT, Sidney. **A nova lei das estatais: novo regime de licitações e contratos nas em-**



**presas estatais.** Leme (SP): JH Mizuno, 2017.

DAMSKY, Isaac Augusto. *Variaciones y contrapuntos en los nuevos sistemas de contratación de actividades económicas públicas en Argentina. Crisis del estado, crony capitalism y alteración de la gobernabilidad económica.* Disponível em: <<http://www.revista.aec.com/index.php/revistaaec/article/view/470>>. Acesso em: 13 mar. 2020.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas públicas e direitos fundamentais.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FORTINI, Cristina; RAINHO, Renata Costa. **Mudanças no procedimento de manifestação de interesse em face do decreto 10.104/2019.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-nov-28/interesse-publico-mudancas-manifestacao-interesse-diante-decreto-101042019?pagina=3>>. Acesso em: 15 mar. 2020.

FREITAS, Juarez. **Políticas Públicas, Avaliação de Impactos e o Direito Fundamental à Boa Administração.** Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2015v36n70p115>>, 2015a. Acesso em: 15 mar. 2020.

FREITAS, Juarez. **As políticas públicas e o direito fundamental à Boa Administração.** Disponível em: <[http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/21688/1/2015\\_art\\_jfreitas.pdf](http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/21688/1/2015_art_jfreitas.pdf)>, 2015b. Acesso em: 15 mar. 2020.

MORENO, Maís. **O novo PMI, Procedimento de Manifestação de Interesse.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-dez-09/pmi-procedimento-manifestacao-interesse#author>>. Acesso em: 15 mar. 2020.

RODRÍGUEZ GARAY, Rubén Enrique; QUIÑONES, Marcela Patricia María del Lujan; AUDISIO, Sergio Omar; NASINI, Lisandro; SCAGLIO-TTI, Eleonora; MARTÍNEZ, Melina; CAMARASA, Gonzalo Gabriel. *Formulación, evaluación y monitoreo de proyectos de inversión privada en espacios públicos municipalidad de Rosario.* Disponível em: <<https://rephip.unr.edu.ar/handle/2133/7545>>. Acesso em: 15 mar. 2020.

RODRÍGUEZ-ARAÑA MUÑOZ, Jaime. **Direito fundamental à boa Administração Pública.** Tradução Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique Carvalho. **O procedimento de manifestação de interesse (PMI) como um instrumento eficiente e democrático de planejamento de concessões.** Disponível em: <<https://www.zenite.blog.br/o-procedimento-de-manifestacao-de-interesse-pmi-como-um-instrumento-de-planejamento-eficiente-e-democratico-de-concessoes/>>. Acesso em: 15 mar. 2020.



# **A inadmissibilidade da responsabilização objetiva do agente público na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa**

**Márcio Berto Alexandrino de Oliveira**

*Advogado em Minas Gerais*

*Especialista em Direito Processual pela PUC/MINAS*

*Analista Jurídico do Município de*

*Governador Valadares*

## **RESUMO**

O presente artigo visa abordar a inadmissibilidade da responsabilização objetiva do gestor na aplicação da lei de improbidade administrativa. Embora a Administração Pública responda objetivamente pelos atos praticados por seus agentes públicos, com base no artigo 37, § 6º, da Constituição República de 1998, tal tipo de modalidade de responsabilização não é aplicada aos agentes públicos, vez que não existe norma no ordenamento jurídico vigente prevendo a responsabilização objetiva dos agentes públicos, o que inclui os agentes políticos, ou seja, para que o agente público seja condenado por ato de improbidade administrativa, é indispensável a existência de prova da consciência e da intenção do agente de promover conduta (comissiva ou omissiva) violadora das disposições contidas na Lei nº 8.429/1992. De mais a mais, o autor da ação de improbidade deve descrever minuciosamente os fatos antijurídicos praticados pelo agente público, propiciando, assim, o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa a que se refere o artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República de 1988. Assim, para fins de recebimento das ações de improbidade administrativa, é necessária a existência de material probatório mínimo acerca da prática do ato improbo, bem como a existência de individualização da conduta do agente que praticou o ato de improbidade, pois, do contrário, a ação deve ser indeferida de plano, tendo em vista a ausência dos pressupostos mínimos para o ajuizamento da ação de improbidade. Por fim, cabe consignar que a ação de improbidade tem sido utilizada indevidamente para retirada do nome dos Entes Públicos dos órgãos de inadimplentes, como SIAFI e CAGEC. Em tal caso, o julgador

deve indeferir de plano a ação proposta, tendo em vista a ausência de justa causa para o ajuizamento da ação.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Princípios constitucionais. Responsabilidade subjetiva. Ato improbo, fato constitutivo, prova, elemento subjetivo, devido processo legal.

## ABSTRACT

The present article aims to address the inadmissibility of the objective accountability of the manager in application of the Administrative Impropriety Law. Although the Public Administration objectively respond for the acts committed by their public agents, based on article 37, paragraph 6, of the Republic Constitution of 1998, this kind of accountability is not applied to public agents, once there is no regulation in the actual legal system predicting the accountability objective of the public agents, what includes the political agents, which means, for the public agent to be condemned for an act of administrative impropriety is indispensable proof of the consciousness and the intention of the agent to promote the transgressive conduct (in comissive or omissive forms) inserted in the Law n.º. 8.429/1992. Furthermore, the author of the action of improbity must describe in detail the unlawful facts practiced by the public agent, providing, thus, the full exercise of the contradictory and the wide defense referred to in article 5, item LV, of the Constitution of the Republic of 1988. Thus, for the purpose of receiving the proceeding of administrative impropriety is necessary to have a minimum existence of evidences about the practice of the unrighteous act, as well the existence of the individualization of the conduct of the agent that committed the act of impropriety, because, otherwise, the action should be dismissed, in view of the lack of the minimum requirements for the filing of the action of impropriety. Finally, it should be asserted that the action of impropriety has been inappropriately used for the removal of the name of the Public Entities of the register of defaulters, such as SIAFI, and CAGEC. In such a case, the judge must dismiss immediately the proposed action, in view of the absence of just cause for the filing of the action.

Keywords: Administrative improbity. Constitutional principles. Subjective responsibility. Improbo act, constitutive fact, proof, subjective element, due process.

## **Introdução**

O presente artigo visa a abordar que o direito brasileiro não adotou a teoria da responsabilidade objetiva para os atos praticados pelos agentes públicos na aplicação da Lei nº 8.429/1992.

A responsabilidade objetiva independe da aferição de culpa ou de gradação de envolvimento do agente causador do dano, ou seja, admite-se que o agente responda pelo resultado ainda que tenha agido com ausência de dolo ou culpa, contrariando, assim, a doutrina fundada na responsabilidade pessoal e não na culpabilidade.

Todavia, para a condenação do agente público<sup>1</sup> por ato de improbidade administrativa, deve o autor da ação apresentar prova concreta de que o agente público praticou ato contrário às diretrizes estabelecidas pela Lei nº 8.429/1992, até porque o artigo 373, inciso I, do Código de Processo Civil aduz que é ônus do autor comprovar o fato constitutivo de seu direito.

Assim, o gestor não pode ser condenado simplesmente porque homologou o processo licitatório ou praticou outro ato de gestão. É necessário ter prova concreta de que o gestor anuiu ou participou de eventual irregularidade, não podendo ser presumida sua participação apenas porque assinou determinado documento ou era detentor de cargo público.

Realmente, o agente público desonesto deve ser penalizado severamente; entretanto, não se pode partir do pressuposto de que todos são desonestos, devendo, com isso, responder objetivamente pelos seus atos, até porque o legislador não autorizou a responsabilização do agente público na modalidade de culpa objetiva.

As sanções cominadas aos atos de improbidade administrativa não podem ser consideradas puramente cíveis. Trata-se de uma ação híbrida, vez que a mesma tem contornos cíveis e penais.

Considerando que a ação pode resultar na suspensão dos direitos políticos, suas penalidades têm caráter penal em razão da sanção política. Assim, o julgador deve ter cautela ao receber a ação de improbidade administrativa, devendo recebê-la ape-

---

<sup>1</sup> Art. 2º da Lei nº 8.429/1992 - Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

nas quando existir elemento probatório mínimo acerca da conduta improba praticada pelo agente público.

Vale destacar que os Tribunais Pátrios firmaram o entendimento no sentido de que não é possível a propositura da ação de improbidade apenas contra o particular, sendo imprescindível figurar no polo passivo da demanda um agente público, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça ao julgar o REsp 1405748/RJ - DJe 17/08/2015; AgInt no REsp 1442570/SP - DJe 16/05/2017 e AgRg no AREsp 574500/ PA - DJe 10/06/2015.

De acordo com o STJ<sup>2</sup>, o particular<sup>3</sup> pode figurar no polo passivo da ação de improbidade em três hipóteses: a) quando tenha induzido o agente público a praticar o ato ímprobo; b) quando haja concorrido com o agente público para a prática do ato ímprobo; ou c) tenha se beneficiado com o ato ímprobo praticado pelo agente público.

Feitas essas considerações introdutórias, passa-se ao tema proposto.

## 1 A responsabilização subjetiva e objetiva

A responsabilidade civil está prevista no Código Civil Brasileiro no artigo 186, aduzindo que *"aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito"*. Já o artigo 927 do mesmo diploma legal prevê que *"Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo"*, ou seja, a norma civil encampou a responsabilidade subjetiva, em que a prática do ato lesivo deve ser comprovada, não admitindo presunção.

Não diferente, o agente público responde subjetivamente pelos seus atos, que tenham causado danos à Administração, em decorrência de conduta dolosa ou culposa.

A Lei de Improbidade adotou a responsabilização subjetiva. Assim, para responsabilização do agente público, é necessário comprovar os elementos dolo ou culpa, não podendo ocorrer a presunção de tais elementos, ou seja, é ônus do acusador

<sup>2</sup> REsp 1405748/RJ, Rel. Ministra Marga Tessler (Juíza Federal Convocada do TRF 4ª REGIÃO), Rel. P/ Acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 21/05/2015, DJe 17/08/2015.

<sup>3</sup> Lei nº 8.429/1992 – Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

comprovar a conduta do agente na forma dolosa ou culposa para fins de penalização, ou seja, é indispensável a existência de prova da consciência e da intenção do agente de promover conduta (comissiva ou omissiva) violadora das disposições contidas na Lei de Improbidade Administrativa.

Na responsabilidade objetiva, independe da aferição de culpa ou de gradação de envolvimento do agente causador do dano, não necessitando de prova quanto à conduta comissiva ou omissiva, ou seja, nesta modalidade de responsabilização admite-se que o agente responda pelo resultado, ainda que tenha agido com ausência de dolo ou culpa, contrariando, desse modo, a doutrina fundada na responsabilidade pessoal.

No entanto, o direito brasileiro não adotou a teoria da reponsabilidade objetiva, exceto a responsabilização objetiva do Estado pelos atos de seus agentes.

Embora a Administração Pública responda objetivamente pelos atos praticados por seus agentes públicos, com base no artigo 37, § 6º, da Constituição República de 1998, tal modalidade de responsabilização não é aplicada aos agentes públicos, conforme dito no tópico introdutório.

## **2 Noções preliminares sobre a improbidade administrativa**

De início, cabe registrar que a

improbidade administrativa pode ser definida como espécie do gênero imoralidade administrativa, qualificada pela desonestidade de conduta do agente público, mediante a qual este se enriquece ilicitamente, obtém vantagem indevida, para si ou para outrem, ou causa dano ao erário. Desonestidade implica conduta dolosa, não se coadunando, pois, com o conceito de improbidade a conduta meramente culposa (SCARPINELLA BUENO, 2001, p.86).

O ato de improbidade nada mais é do que a violação aos princípios constitucionais da Administração Pública atrelado à má-fé e à deslealdade do administrador, não bastando a simples violação dos princípios da Administração para configuração do ato improbo, vez que é necessário o elemento volitivo representado pela vontade do agente público em realizar a conduta típica por ação ou omissão.

Apesar de o legislador não ter definido na Lei de Improbidade (Lei nº 8.429/1992) o que venha a ser ato improprio, apenas definindo as três categorias de improbidade nos artigos 9º, 10 e 11, sua intenção foi penalizar o agente público ou o particular que concorra para a prática do ato irregular, que importe em enriquecimento ilícito (art. 9º); que resulte em prejuízo ao erário em razão de ato doloso ou culposo (art. 10) ou que atente contra os princípios constitucionais da Administração Pública (art. 11).

Segundo Mateus Carvalho (2016, pág. 936),

a lei de improbidade administrativa não deve ser aplicada para meras irregularidades ou transgressões disciplinares, pois essas serão punidas devidamente na instância administrativa, mediante a instauração de processo disciplinar - mas, sim visa resguardar os princípios da administração pública.

A fim de penalizar aquele que pratica ato improprio, bem como buscar o ressarcimento dos danos causados ao erário, foi editada a Lei nº 8.429/1992, denominada Lei de Improbidade Administrativa, dispondo o Ente Público ou o Ministério Público da ação de improbidade para fins de responsabilização do agente público.

Para José dos Santos Filhos (2016, p. 1135), a

Ação de Improbidade administrativa é aquela em que se pretende o reconhecimento judicial de condutas de improbidade na Administração, perpetradas por administradores públicos e terceiros, e a consequente aplicação das sanções legais, com o escopo de preservar o princípio da moralidade administrativa.

Por fim, cabe consignar que o agente público, no exercício de suas funções, deve praticar seus atos em consonância com os princípios constitucionais norteadores da atividade administrativa, não podendo utilizar o cargo ou função pública para praticar ato em proveito pessoal ou de terceiros.

### **3 A inadmissibilidade da responsabilização objetiva do agente público na aplicação da Lei de Improbidade Administrativa**

Conforme dito anteriormente, o direito brasileiro não admite a responsabilização objetiva do agente público, adotando



a teoria da responsabilidade subjetiva, em que é necessária a comprovação da prática de eventual ato ilegal praticado pelo gestor público.

O Superior Tribunal de Justiça divulgou 14 teses sobre improbidade administrativa, na 38ª edição de jurisprudência em tese, aduzindo que é inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei de Improbidade. Vejamos:

*1) É inadmissível a responsabilidade objetiva na aplicação da Lei n. 8.429/1992, exigindo-se a presença de dolo nos casos dos arts. 9º e 11 (que coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios administrativos, respectivamente) e ao menos de culpa nos termos do art. 10, que censura os atos de improbidade por dano ao Erário. Acórdãos: AgRg no REsp 1500812/SE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, Julgado em 21/05/2015, DJE 28/05/2015. AgRg no REsp 968447/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, Julgado em 16/04/2015, DJE 18/05/2015; REsp 1238301/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, Julgado em 19/03/2015, DJE 04/05/2015; AgRg no AREsp 597359/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, Julgado em 16/04/2015, DJE 22/04/2015; REsp 1478274/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, Julgado em 03/03/2015, DJE 31/03/2015; AgRg no REsp 1397590/CE, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, Julgado em 24/02/2015, DJE 05/03/2015; AgRg no AREsp 560613/ES, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, Julgado em 20/11/2014, DJE 09/12/2014; REsp 1237583/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, Julgado em 08/04/2014, DJE 02/09/2014. (Grifos).*

E, ainda:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE SERVIDOR PÚBLICO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. SUJEIÇÃO AO PRINCÍPIO DA TIPICIDADE. 1. Não viola o art. 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um

dos argumentos trazidos pelo vencido, adota, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta. 2. Nem todo o ato irregular ou ilegal configura ato de improbidade, para os fins da Lei 8.429/92. A ilicitude que expõe o agente às sanções ali previstas está subordinada ao princípio da tipicidade: é apenas aquela especialmente qualificada pelo legislador. 3. As condutas típicas que configuram improbidade administrativa estão descritas nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, sendo que apenas para as do art. 10 a lei prevê a forma culposa. *Considerando que, em atenção ao princípio da culpabilidade e ao da responsabilidade subjetiva, não se tolera responsabilização objetiva* e nem, salvo quando houver lei expressa, a penalização por condutas meramente culposas, conclui-se que o silêncio da Lei tem o sentido eloqüente de desqualificar as condutas culposas nos tipos previstos nos arts. 9.º e 11. 4. Recurso especial a que se nega provimento. 1ª Turma, REsp 751.634/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 2/8/2007, p. 353. (Grifos).

No mesmo sentido, advoga Fábio Medina Osório (2007, p. 291):

*"A responsabilidade subjetiva, no bojo do tipo proibitivo, é inerente à improbidade administrativa, sendo exigíveis o dolo ou a culpa grave, embora haja silêncio da LGIA sobre o assunto. Isto se dá, como já dissemos à exaustão, por força dos textos constitucionais que consagram responsabilidades subjetivas dos agentes públicos em geral, nas ações regressivas, e que contemplam o devido processo legal, a proporcionalidade, a legalidade e a interdição à arbitrariedade dos Poderes Públicos no desempenho de suas funções sancionatórias. Portanto, a improbidade administrativa envolve, modo necessário, a prática de condutas gravemente culposas ou dolosas, inadmitindo responsabilidade objetiva"*

Dessa maneira, é necessário ao autor da ação de improbidade comprovar o elemento subjetivo, ou seja, é indispensável a existência de prova da consciência e da intenção do

agente de promover conduta (comissiva ou omissiva) violadora das disposições contidas na Lei nº 8.429/1992.

Destarte, pode-se concluir que não é possível a responsabilização objetiva do agente público, conforme muitas vezes pretende o órgão acusador. Assim, o gestor somente pode ser responsabilizado se restar comprovado que praticou ou anuiu com o ilícito, devendo, portanto, o órgão acusador comprovar os fatos articulados na peça de ingresso, conforme determina o artigo 373, inciso I, do CPC.

*É do autor da ação de improbidade a incumbência de demonstrar os fatos constitutivos de seu direito, de modo a permitir cognição (MADEIRA, 2009, p. 23) e a formação do convencimento do magistrado. Desse modo, aquele que tem o dever de provar e esquiva-se do ônus probatório deve ter seu pedido julgado improcedente. Nesse sentido, corrobora o professor Humberto Teodoro Júnior (1999, p. 423):*

“Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados e do qual depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisprudencial. Isto porque, segundo a máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente. (Grifos).

Nessa direção, ensina o mestre Luiz Guilherme Marinoni<sup>4</sup>:

Como regra de julgamento, o ônus da prova destina-se a iluminar o juiz que chega ao final do procedimento sem se convencer sobre as alegações de fato da causa. Nessa acepção, o art. 333 CPC é um indicativo para o juiz livrar-se do estado de dúvida e decidir o mérito da causa. Tal dúvida deve ser suportada pela parte que tem o ônus da prova. Se a dúvida paira sobre alegação de fato constitutivo, essa deve ser paga pelo demandante, tendo o juiz de julgar improcedente seu pedido....

Os Tribunais Pátrios têm decidido no sentido de que os agentes públicos somente podem ser responsabilizados quando hou-

<sup>4</sup> *IN. Código de Processo Civil Comentado... 2008, p.336.*

ver prova concreta acerca da prática do ato de improbidade, sob pena de improcedência da ação de improbidade. Vejamos:

DIREITOS SANCIONADOR E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM ESTEIO EM SUPOSTO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IMPUTAÇÃO COM BASE NOS ARTS. 10 (DANO AO ERÁRIO) E 11 (OFENSA A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS) DA LEI 8.429/92.

ALEGAÇÃO DE QUE GERENTE DE RELACIONAMENTO DA CEF REALIZOU OPERAÇÃO DE FINANCIAMENTO DA LINHA CONSTRUCARD SEM A REALIZAÇÃO DE PESQUISA MANUAL E SEM APURAÇÃO DE RENDA DOS CLIENTES CONTRATANTES. REFORMA, PELO TRF DA 2a. REGIÃO, DA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU QUE RECEBEU A PETIÇÃO INICIAL. ARGUMENTAÇÃO DO ÓRGÃO ACUSADOR DE QUE BASTA A DESCRIÇÃO GENÉRICA DOS FATOS E IMPUTAÇÕES DOS RÉUS PARA O RECEBIMENTO DA INICIAL. *INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS MÍNIMOS PARA A ADMISSIBILIDADE DO FEITO EM DESFAVOR DA ORA RECORRIDA, CONFORME PROCLAMADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, QUE ATESTOU A IMPRECISÃO NA DELIMITAÇÃO DE CONDUTA CONCRETA DA IMPUTADA QUANTO A SUA PARTICIPAÇÃO DIRETA NA SUPOSTA FRAUDE.* AGRAVO INTERNO DO ÓRGÃO ACUSADOR DESPROVIDO.

1. *A imprescindibilidade da comprovação da justa causa decorre da possível utilização do direito de ação de forma temerária, que, conforme sustenta o jurista MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS, sem provas ou elementos de convicção para o julgador, deve ser rejeitada* (O Limite da Improbidade Administrativa: Comentários à Lei 8.429/92. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 552). (...) *Portanto, ausente a descrição do fato típico que teria sido praticado pela implicada, não há falar-se em conduta ímproba, contrariamente, portanto, ao que pretende a parte agravante na insurgência em testilha, uma vez que alega a suficiência de descrição genérica dos fatos.* Rejeita-se, portanto, a alegação da parte recorrente de violação aos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, porquanto o que se exige de uma promoção judicial, sobretudo em matéria de sanções, é a

individualização do suposto malfeito do réu, com a pormenorização dos fatos, até mesmo para que a defesa do acionado tenha a mínima viabilidade; providência não atendida na demanda em espeque. 4. Agravo Interno do Órgão Acusador desprovido. (AgInt no REsp 1485027/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/08/2017, DJe 31/08/2017) - STJ. (Grifos).

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - MÉDICO CONTRATADO PELO MUNICÍPIO - REALIZAÇÃO DE CIRURGIAS PARTICULARES EM HOSPITAL MUNICIPAL - AUSÊNCIA DE RESSARCIMENTO DOS MATERIAIS E MEDICAMENTOS UTILIZADOS - NÃO COMPROVADO - ATO DE IMPROBIDADE - NÃO DEMONSTRADO - SENTENÇA MANTIDA.

*A responsabilização dos agentes públicos por atos de improbidade deve se basear em provas concretas quanto aos atos que lhe são imputados, face às graves conseqüências que afetam a vida do eventual infrator.* Por conseguinte, se da análise do conjunto probatório constante nos autos não vislumbrar a existência do alegado ato de improbidade administrativa, deve ser julgado improcedente o pedido autoral. (TJMG - Apelação Cível 1.0529.03.001988-7/001, Relator(a): Des.(a) Geraldo Augusto, 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 19/05/2015, publicação da súmula em 25/05/2015). (Grifos).

Cabe registrar que a expressão “indícios suficientes”, contida no § 6º, do artigo 17, da Lei nº 8.429/92, exige que a ação por ato de improbidade administrativa deve ser lastreada em elementos probatórios concretos, pois a intimidade alheia não pode ser invadida ao “bel-prazer” pelo acusador, sem nenhum elemento probatório.

“O direito deve ser levado a sério”, por isso o órgão acusador não pode sair ajuizando ações de improbidade sem lastro probatório, por isso é necessário que o autor da ação comprove os fatos constitutivos de seu direito.

Dessa forma, o fato de um gestor homologar o certame licitatório conduzido pela Comissão de Licitação ou ratificar as dispensas e inexigibilidades não tem o condão de atrair a res-

ponsabilidade objetiva para sua pessoa, vez que os vícios procedimentais porventura existentes no processo licitatório não podem ser imputados ao ordenador de despesa.

Como regra geral, cabe exclusivamente aos membros da Comissão Permanente de Licitação, Pregoeiros, bem como aos subscritores dos pareceres técnicos responderem por eventual irregularidade existente no processo licitatório, até porque cabe unicamente ao servidor que deu causa ao ato ímprobo responder e suportar os efeitos de eventual condenação.

Não é razoável exigir que o gestor público tenha conhecimento amplo em contabilidade, direito, engenharia, etc. para conduzir a Administração municipal. Para isso, o gestor conta com profissionais técnicos capacitados para praticar os atos administrativos. Assim, caso algum desses profissionais pratique algum ato irregular, como, por exemplo, atestar a legalidade de um processo licitatório viciado, cabe tão somente ao profissional responsável suportar as consequências legais do ato viciado. Do contrário, não faria sentido o Ente Público contar com profissionais técnicos, onerando os cofres públicos.

Cabe consignar que a natureza das sanções cominadas aos atos de improbidade administrativa, embora não possam ser consideradas precisamente como de tipo penal, é algo mais do que uma simples punição civil, é uma sanção política, o que justifica a especial cautela para o recebimento das ações de improbidade administrativa.

A ação de improbidade não é uma ação puramente cível, até porque seu rito processual difere das ações cíveis em geral, vez que na ação de improbidade o requerido é notificado para oferecer manifestação por escrito no prazo de quinze dias<sup>5</sup>, sendo que, em caso de recebimento da ação, o requerido será citado para contestá-la, o que comprova que o legislador foi cauteloso com a ação de improbidade, equiparando-a à ação penal em razão de sua *natureza sancionatória*<sup>6</sup>.

Desse modo, o ajuizamento, bem como o recebimento da ação de improbidade devem ser medidas de *ultima ratio*, devendo ser ajuizada tão somente quando existirem elementos mínimos acerca da prática do ato ímprobo, evitando assim a movimentação da máquina judiciária de forma inútil e desnecessária.

<sup>5</sup> Artigo 17, § 7º, da Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992.

<sup>6</sup> REsp 1230550/PR, Rel. Ministro OG Fernandes, Segunda Turma, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018.

Para Gilmar Ferreira Mendes, as penalidades previstas para os atos de improbidade administrativa configuram verdadeiros tipos penais. Vejamos:

[...] inaceitável é (...) a concepção que tenta vislumbrar as ações de improbidade como um simples mecanismo de responsabilização civil. De fato, não é correto tomar as sanções por improbidade como sanções de índole meramente civil. *Ao contrário, as sanções de suspensão de direitos políticos e de perda da função pública demonstram, de modo inequívoco, que as ações de improbidade possuem, sobretudo, natureza penal. Não é difícil perceber a gravidade de tais sanções e a sua implicação na esfera de liberdade daqueles agentes políticos. No âmbito da ação de improbidade, em verdade, verifica-se que os efeitos da condenação podem superar aqueles atribuídos à sentença penal condenatória, podendo conter, também, efeitos mais gravosos para o equilíbrio jurídico-institucional do que eventual sentença condenatória de caráter penal*<sup>7</sup>. (Grifos).

Do mesmo modo, já decidiu o STJ ao julgar o AgRg no AREsp 27.704<sup>8</sup>/RO, tendo como Relator o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que aduziu que a ação de improbidade, *“por integrar iniciativa de natureza sancionatória, tem o seu procedimento referenciado pelo rol de exigências que são próprias do Processo Penal contemporâneo, aplicável em todas as ações de Direito Sancionador. Assim a ação deve ser rejeitada quando ausente”* o mínimo indício da prática do ato improprio.

Como o legislador não autorizou a responsabilização do gestor na forma objetiva, não autorizando também a condenação do gestor por ato praticado por terceiros, não pode o julgador ou intérprete, ao seu bel-prazer, criar a figura da reponsabilidade objetiva.

Conforme é de conhecimento de todos, a interpretação do texto legal, para ser válida, deve ser coerente e responsável. Valendo-se das palavras do professor Lenio Luiz Streck, a interpreta-

<sup>7</sup> STF, Reclamação n.º. 2.186/DF, Rel. O Senhor Ministro GILMAR MENDES, j. em 22/05/2008.

<sup>8</sup> AgRg no AREsp 27.704/RO, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 15/12/2011, DJe 08/02/2012.

ção, "em um contexto de constitucionalismo pós-guerra, não pode extrapolar os limites semânticos do texto", haja vista que este limite é condição para a existência do próprio Estado Democrático de Direito. O renomado doutrinador continua aduzindo que "o respeito ao texto quer dizer compromisso com a Constituição e com a legislação democraticamente constituída (STRECK, 2014, p. 174)".

Destarte, não há dúvida de que as ações de improbidade administrativa possuem, sobretudo, natureza penal, tendo em vista a existência de sanções de perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, bem como a proibição de contratar com a Administração Pública, ou seja, as penalidades da ação de improbidade administrativa possuem caráter penal, não possuindo apenas função de ressarcimento ao erário. Portanto, somente pode ocorrer condenação por ato de improbidade quando existir provas cabais acerca da prática do ato de improprio pelo gestor.

Desse modo, o autor da ação deve comprovar a conduta culposa (negligência ou imperícia) ou dolosa do agente (intenção de causar resultado lesivo ao erário), no caso da tipificação prevista no artigo 10 da Lei de Improbidade, e a conduta dolosa nos casos dos artigos 9º e 11 da mesma norma.

Outrossim, o simples descumprimento da norma não caracteriza ato de improbidade administrativa, sendo necessária a prova inequívoca do dolo ou da má-fé do agente público, até porque "ilegalidade não é sinônimo de improbidade". Neste sentido, ensina Mário Pazzaglini Filho (2015, p. 114/115):

Ilegalidade não é sinônimo de improbidade e a prática de ato ilegal, por si só, não configura ato de improbidade administrativa. É imprescindível à sua tipificação que o ato ilegal tenha origem em conduta desonesta, ardilosa, denotativa de falta de probidade do agente público. (Grifos)

Dessa maneira, não basta simplesmente o agente público violar ou agir em desacordo com determinada norma para configurar ato de improbidade administrativa, vez que "*nem todo ato irregular ou ilegal configura ato de improbidade*"<sup>9</sup>, portanto, para a configuração do ato de improbidade, é imprescindível prova concreta no sentido de que o agente público agiu de forma dolosa ou culposa.

<sup>9</sup> Recurso Especial nº 940.269-DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 04/09/2008.



O mero exercício de um cargo público não autoriza a imputação de responsabilidade pessoal sem que haja, no mínimo, a demonstração de conveniência ou benefícios diretos ou indiretos obtidos pelo agente público, até porque a simples existência de ato lesivo, por si só, não autoriza a responsabilização civil.

Nessa direção, são os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles (2001. p. 761-762). Vejamos:

Ao prefeito, como aos demais agentes políticos, impõe-se o dever de tomar decisões governamentais de alta complexidade e importância, de interpretar as leis e de converter os seus mandamentos em atos administrativos das mais variadas espécies. Nessa missão político-administrativa é admissível que o governante erre, que se equivoque na interpretação da lei, que se confunda na apreciação da conveniência e oportunidade das medidas executivas sujeitas à sua decisão e determinação. Desde que o chefe do Executivo erre em boa-fé, sem abuso de poder, sem intuito de perseguição ou favoritismo, não fica sujeito à responsabilização civil, ainda que seus atos lesem a Administração ou causem danos patrimoniais a terceiros. (...) O só fato de o ato ser lesivo não acarreta ao Prefeito a obrigação de indenizar. *Necessário se torna, ainda, que além de lesivo e contrário ao direito, resulte de conduta abusiva do prefeito no desempenho de cargo ou a pretexto de seu exercício.* (Grifos).

Ademais, para que a ação de improbidade seja recebida, é indispensável que na peça inicial seja individualizada minuciosamente a conduta ímproba do agente público. Com isso, a inicial de improbidade deve descrever a conduta antijurídica do agente, bem como apresentar elemento probatório mínimo quanto aos fatos imputados, sob pena de ser indeferida.

Ao julgar o REsp 1040440/RN em 02/04/2009, tendo como Relator o Ministro Herman Benjamin, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a necessidade de individualização da conduta específica do requerido, aduzindo que, "*nas ações de improbidade, a petição inicial deve ser precisa acerca da narração dos fatos, para bem delimitar o perímetro da demanda e propiciar o pleno exercício do contraditório e do direito de defesa*", assegurado no artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República de 1988.

#### 4 Utilização indevida da ação de improbidade para retirada do nome dos entes dos cadastros de inadimplentes

A ação de improbidade tem sido utilizada com frequência para retirada do nome dos Entes Públicos dos órgãos de inadimplentes, como SIAFI e CAGED.

Todavia, trata-se de utilização indevida da ação de improbidade, vez que, para o ajuizamento da ação, é necessário o esgotamento das vias administrativas, como, por exemplo, a instauração de Tomada de Contas Especial para apurar se o agente público praticou ato irregular ou não.

Assim, somente após o exaurimento da via administrativa e restando comprovado que o gestor agiu de forma dolosa ou culposa na prática dos atos administrativos, pode ser proposta a ação de improbidade, pois, do contrário, estará ausente a justa causa para o ajuizamento da ação.

Ao julgar a Ação de Improbidade nº 0129064-61.2013.8.13.0134, o Excelentíssimo Dr. José Antônio de Oliveira Cordeiro, titular da 1ª Vara Cível da Comarca de Caratinga-MG, aduziu que o ajuizamento da ação de improbidade deve ser medida de *ultima ratio*, sendo imprescindível a comprovação do ato de improbidade.

Pedimos *venia* para transcrever parte da sentença da ação retromencionada. Vejamos:

Assim, mais uma vez, somente para fins e neste caso, destaco, a expressa intenção de liberação junto ao SIAFI, sob o fraco argumento de falta de prestação de contas.

Ora todo gestor tem o presente problema; aliás vários problemas sobre a prestação de contas.

Para isso temos o TCE o TCU e Câmara para tal fiscalização.

Porém, em momento algum da inicial se descreve qual o dolo e especificamente qual a conduta improba do agente imputado. (...). Nestes termos, ausente a condição da ação do interesse de agir, utilidade-necessidade, sendo pois o autor carente do direito de ação e, ainda mais pelo fato de que os fatos colacionados na inicial não perfazem qualquer prática de ato de improbidade descrito pela lei de improbidade, nos termos do art. 17 § 8º da Lei.

Destarte, é necessário que haja prudência no manejo da ação de improbidade para que a mesma não se torne vulgarizada em

razão da utilização indevida para casos que não confirmam ato de improbidade.

Feitas essas considerações, pode-se concluir que o Julgador deve indeferir de plano as ações de improbidade que buscam simplesmente a retirada do nome do Ente Público dos órgãos de restrição, uma vez que, para o ajuizamento da ação de improbidade, é indispensável a existência de prova da consciência e da intenção do agente de promover conduta (comissiva ou omissiva) violadora das disposições contidas na Lei nº 8.429/1992.

## **5 A garantia do contraditório substancial na ação de improbidade**

Em toda e qualquer ação judicial, o julgador deve enfrentar as teses arguidas pelos participantes da relação processual, devendo levar em consideração na tomada da decisão todos os argumentos deduzidos nos autos.

A propósito, leciona Fredie Didier Jr., para quem, a par da face formal do direito ao contraditório, consistente na garantia de ser ouvido, de participar do processo, de ser comunicado, poder falar no processo, também vige a face substancial, relacionada à amplitude de defesa:

*Não adianta permitir que a parte, simplesmente, participe do processo; que ela seja ouvida. Apenas isso não é o suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do magistrado. Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do magistrado – e isso é poder de influência, poder de interferir na decisão do magistrado, interferir com argumentos, interferir com idéias, com fatos novos, com argumentos jurídicos novos; se ela não puder fazer isso, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se implementa, pura e simplesmente, com a ouvida, com a participação; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar no conteúdo da decisão. (DIDIER, 2008, p. 45) (Grifos).*

Quanto à necessidade de garantia do contraditório e da ampla defesa, corrobora o Ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes:

Há muito vem a doutrina constitucional enfatizando que o direito de defesa não se resume a um simples direito de manifestação no processo. Efetivamente, o que o constituinte pretende assegurar – como bem anota Pontes de Miranda – é uma pretensão à tutela jurídica. (...) *a pretensão à tutela jurídica, o que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos: direito de informação (Recht auf Information), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária os atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; direito de manifestação (Recht auf Äusserung), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; direito de ver seus argumentos considerados (Recht auf Berücksichtigung), que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo (Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft) para contemplar as razões apresentadas. Sobre o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão julgador, que corresponde, obviamente, ao dever do juiz de a eles conferir atenção, pode-se afirmar que envolve não só o dever de tomar conhecimento, como também de o considerar, séria e detidamente, as razões apresentadas (MENDES; COELHO; BRANCO; GONET, 2014, p. 451/452). (Grifos).*

Na atual conjuntura do devido processo constitucional, o princípio do contraditório passou a ter dupla dimensão: a primeira, formal, exige a possibilidade de participação no processo; a segunda exige a real possibilidade de o interessado influenciar com seus argumentos na construção da futura decisão, seja no âmbito judicial ou administrativo.

Assim, o não enfrentamento de todos os argumentos deduzidos pelas partes atenta contra o inciso LV, do artigo 5º e artigo 93, IX, todos da Constituição da República de 1988, bem como contra as disposições contidas no artigo 489, §1º, do Novo Código de Processo Civil, atraindo nulidade absoluta para o provimento jurisdicional.

De mais a mais, a obrigatoriedade de enfrentar as teses deduzidas nos autos, bem como a fundamentar as decisões judiciais não se trata de discricionariedade do julgador e, sim, de

uma obrigação, em respeito à supremacia da Constituição (Konrad Hesse) e eficácia das garantias constitucionais.

A ação de improbidade requer uma análise mais cuidadosa, vez que na referida ação, por ter caráter penal, deve-se buscar a verdade real, até porque o que está em jogo não é apenas o ressarcimento ao erário e, sim, a real possibilidade de suspensão dos direitos políticos, sendo essa uma garantia fundamental do cidadão<sup>10</sup>, requerendo, portanto, a devida análise dos argumentos apresentados, principalmente pelo requerido.

Desse modo, especialmente na fase preliminar da ação de improbidade, o julgador deve ser cauteloso, devendo analisar a manifestação do requerido de forma substancial, evitando, assim, o recebimento de ações de improbidade sem os pressupostos mínimos.

## **Conclusão**

Diante dos fatos relatados, pode-se concluir que na ação de improbidade é indispensável a comprovação do elemento subjetivo (dolo ou culpa) da conduta do agente público para fins de configuração do ato de improbidade administrativa a que se refere a Lei nº 8.429/1992.

Em momento algum a Lei de Improbidade ou outra legislação vigente admite a responsabilização objetiva do agente público como entende equivocadamente a doutrina minoritária.

A responsabilidade na modalidade objetiva é exceção no direito brasileiro, sendo admitida apenas quando prevista expressamente no ordenamento jurídico, como é o caso da responsabilidade objetiva do Estado prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição da República de 1988. Dessa maneira, quando a norma se mantiver silente, a responsabilidade deve ser na modalidade subjetiva.

O Poder Judiciário não pode se tornar um balcão de consulta acerca de suposto ato de improbidade, em que, muitas vezes, o nome do gestor é lançado no polo passivo da ação de improbidade tão somente em razão do cargo que exerce, partindo da presunção de que, apenas por ter exercido tal cargo,

---

<sup>10</sup> Há quem situe essa categoria de direitos fundamentais ao lado das referentes aos direitos de defesa e aos direitos à prestação. Será constituída pelos direitos orientados a garantir a participação dos cidadãos na formação da vontade do País, correspondendo ao capítulo da Constituição Federal relativo aos direitos políticos. (MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional - São Paulo; Saraiva, 2007, p. 235 e 255).

deve responder objetivamente por todos os atos da Administração, inclusive pelos atos de seus subordinados.

O ajuizamento da ação de improbidade deve ser a última medida, com isso, a ação somente deve ser ajuizada, bem como recebida quando existirem elementos mínimos acerca da prática do ato ímprobo, devendo, ainda, a ação de improbidade ser precisa acerca dos fatos narrados para que seja propiciado o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa assegurado no Texto Constitucional.

Na concepção moderna do contraditório (devido processo legal), não é suficiente que seja assegurado apenas “*o dizer e contradizer formal entre as partes*”, sendo imprescindível que o contraditório conferido às partes tenha o poder de influenciar no conteúdo da decisão.

Os atos de agentes públicos desonestos merecem ser penalizados na forma da lei, devendo ser criado mecanismos eficazes de prevenção e investigação dos atos ímprobos praticados pelos agentes públicos; entretanto, não pode ser admitida a sedimentação da cultura punitivista que pretendem a todo custo implantar no ordenamento jurídico brasileiro.

Feitas essas considerações, pode-se concluir que, na atual conjuntura jurídica, não pode ser admitida a responsabilização na modalidade objetiva, em que os agentes públicos respondem objetivamente pelos seus atos sem a existência de prova concreta acerca da conduta comissiva ou omissiva, resultante em benefícios diretos ou indiretos pelo agente público. Com isso, é necessária a demonstração do elemento subjetivo que vincula o agente público ao resultado antijurídico.

## Referências

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. ampl. e atualizada. São Paulo: Atlas, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Improbidade administrativa: prescrição e outros prazos extintivos**. 2. ed. rev. ampl. e atualizada. São Paulo: Atlas, 2016.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento e Cognição: uma inserção no estado democrático de direito**. Curitiba: Juruá, 2009.

DIDIER, Jr. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. Salvador: JusPodivm, 2008.

- FILHO, Mário Pazzaglini. **Lei de Improbidade Administrativa Comentada**. 6. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2015.
- CARVALHO, Mateus. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *IN. Código de Processo Civil Comentado*. 2008.
- MEIRELLES, HELY LOPES. **Direito Municipal Brasileiro**. 12. ed., 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da improbidade administrativa**, São Paulo: RT, 2007.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, 26. ed., Editora Forense, ano 1999, vol.1.
- SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Reflexões sobre Improbidade Administrativa no Direito Brasileiro**, in Improbidade Administrativa - Questões Polêmicas e Atuais, Coordenadores: Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho, 2001.
- STRECK, Lenio Luiz. **Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia**. Revista da AJURIS – V. 41 – nº. 135 – Setembro de 2014.





# A inconstitucionalidade do regulamento que dispõe sobre a adesão à ata de registro de preços

**Márcio Berto Alexandrino de Oliveira**

*Advogado em Minas Gerais*

*Especialista em Direito Processual pela PUC/MINAS*

*Analista Jurídico do Município de*

*Governador Valadares*

## RESUMO

Conforme será demonstrado no presente estudo, não existe norma constitucional ou infraconstitucional autorizando que a Administração Pública realize contratação de bens e serviços com base em licitação promovida por outros órgãos. Logo, a contratação através da adesão à Ata de Registro de Preços é ilegal, mesmo que presente a vantajosidade da adesão, tendo em vista a ausência de norma válida admitindo a figura do “processo carona”. Além de regular o Sistema de Registro de Preços, o decreto regulamentar criou a hipótese de contratação através da figura do “processo carona”, ou seja, o decreto extrapolou a função de regulamentar a lei criada pelo legislativo, logo, o que ultrapassou o poder regulamentar está contaminado pela inconstitucionalidade. Não há nenhuma dúvida de que a figura do “processo carona” é altamente inconstitucional, pois foi criada por quem não tem legitimidade para inovar no sistema jurídico. De mais a mais, a utilização do “processo carona”, como meio de contratação pela Administração Pública, é terra fértil para administradores e particulares mal-intencionados, pois estes poderão utilizar a Ata de Registro de Preços como forma de afastar o dever de licitar para contratação de bens e serviços.

Palavras-chave: Dever de licitar. “Processo carona”. Adesão. Registro de preços.

## ABSTRACT

As evidenced in the present study, there is no constitutional or non-constitutional rule authorizing the Public Administration to contract goods and services based on bidding by other agencies, so contracting by

adhering to the Price Registration Act is illegal, even if The advantage of adherence is present, given the absence of a valid norm, admitting the figure of the “hitchhiking process”. In addition to regulating the Price Registration System, the regulatory decree created the hypothesis of hiring through the figure of the “hitchhiking process”, that is, the decree extrapolated the function of regulating the law created by the legislature, thus, which exceeded the power regulation is contaminated by unconstitutionality. There is no doubt that the figure of the “hitchhiking process” is highly unconstitutional, as it was created by those with no legitimacy to innovate in the legal system. In addition, the use of the “hitchhiking process” as a means of contracting by the Public Administration is fertile ground for administrators and malicious individuals, as they may use the Price Registration Act as a way of removing the duty to bid. for contracting goods and services.

Keywords: Duty to bid. Hitchhiking Process. Adhesion. Price Registration.

## Introdução

O presente artigo visa a abordar sobre a adesão à Ata de Registro de Preços e o dever de licitar estabelecido no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Republicana de 1988.

Conforme será visto ao longo deste estudo, a figura do “processo carona” foi estabelecida por regulamento expedido pelo Poder Executivo, estando a norma regulamentar eivada de inconstitucionalidade, pois o Poder Executivo não é legitimado para inovar no sistema jurídico vigente.

Primeiramente, será feito um rápido estudo sobre o instituto da licitação, os crimes tipificados nos artigos 89 e 90 da Lei nº 8.666/1993, os sujeitos passivos e ativos e, posteriormente, sobre a inconstitucionalidade da adesão à Ata de Registro de Preços.

## 1 Noções preliminares sobre licitação

A obrigatoriedade de a Administração realizar licitação para a aquisição de materiais e/ou serviços encontra previsão na Constituição da República de 1988, artigo 37, inciso XXI, bem como na Lei Federal nº 8.666/1993, *in verbis*:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, *as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.* (Destques). (...)

A licitação pode ser definida como um procedimento administrativo objetivando a escolha da melhor proposta, com regras predeterminadas no instrumento convocatório, devendo observar os princípios que regem a atividade administrativa, bem como os demais princípios correlatos ao procedimento licitatório, dentre eles os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e adjudicação compulsória. Logo, o administrador deve observar tais princípios, sob pena de praticar ato em descompasso com o ordenamento jurídico vigente.

Nas palavras da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 368), a licitação pode ser definida como:

(...) procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitam às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato.

Na mesma trilha, são os ensinamentos do administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p.468/470):

Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isoladamente entre os que preenchem os atributos e aptidões

necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir. Donde, pressupõe, como regra, duas fases fundamentais (sem prejuízo de outras subdivisões): uma, a da demonstração de tais atributos, chamada habilitação, e outra concernente à apuração da melhor proposta, que é o julgamento.

Portanto, o procedimento da licitação é o conjunto de atos que tem como objetivo a seleção da proposta mais vantajosa e melhor produto ou serviço. Esse é seu fim primordial.

Ademais, o art. 43 da Lei de Licitações versa sobre o roteiro básico desse conjunto no que se refere, sobretudo, aos atos que a Administração deve obedecer ao dar andamento ao Processo Licitatório.

A seleção da proposta mais vantajosa para a Administração supõe a observância de regras predeterminadas, sendo, por óbvio, vedada a introdução extemporânea de novos critérios visando a favorecer alguns em prejuízo de outros, ferindo, com isso, o princípio da isonomia que integra o tripé sobre o qual a licitação assenta: *legalidade, igualdade e vantajosidade*.

De resto, o próprio princípio da igualdade, que boa parte da doutrina considera a espinha dorsal do certame, pode, no entanto, exigir desigualdade de tratamento, sempre por motivo de situações diversas, se um tratamento igual vier a conduzir a resultados desiguais.

Esse conjunto de atos administrativos e de atos praticados aos licitantes há de ser praticado de forma adequada, devendo observar o procedimento licitatório, qual seja: a elaboração do edital ou convite, o recebimento das propostas, a habilitação, a classificação, a adjudicação, além de outros atos intermediários ou posteriores, como o julgamento dos recursos interpostos pelos interessados, a revogação, as publicações, os aditamentos.

Já por parte dos licitantes, temos a retirada do edital, a proposta, a desistência, a prestação de garantia, a apresentação de recursos, as impugnações. Assim sendo, podemos dizer que a licitação é um conjunto de atos concatenados, em que o poder público visa a contratar um material e/ou serviço e o particular tem por objetivo vender para a Administração.

Destarte, o gestor público deve seguir fielmente os princípios que norteiam a administração, especialmente o princípio da impessoalidade, pois os atos do administrador não devem trazer benefícios a determinadas pessoas em detrimento de outras. Seus

atos devem ser gerais, visando a atingir os interesses da coletividade.

Sobre o princípio da impessoalidade, o saudoso administrativista Hely Lopes Meirelles (1990, p. 81) ensinava que:

O princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988 (art. 37, caput), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal.

Conforme dito, o artigo 43 da Lei 8.666/1993 versa sobre matéria predominantemente procedimental, daí que as leis estaduais, municipais e regulamentos internos de entidades da Administração indireta poderão dispor sobre a regulamentação das normas através de decreto, desde que observado o padrão mínimo estabelecido pela lei de regência, bem como pela Constituição da República de 1988.

Outrossim, a licitação é um processo de competição, de caráter administrativo, que se inicia pelo ato convocatório dos possíveis competidores. Ao ser um processo de competição, será assegurado a todos os participantes o direito de concorrer em igualdade/isonomia, nos termos do Texto Constitucional vigente.

Apesar de ser um processo de competição com caráter administrativo, poderá também se tornar um processo controversa, facultado ao licitante ingressar nas vias judiciais para solucionar algum litígio que porventura venha a surgir no curso do processo licitatório. No entanto, poderá surgir litígio no âmbito administrativo, o qual será solucionado pela Autoridade Superior do ente público.

Tanto na via judicial como na Administrativa, deverá ser assegurado aos destinatários o contraditório nas decisões proferidas; caso contrário, as decisões estarão em dissonância com os preceitos estabelecidos na Constituição da República.

O conceito de contraditório na atualidade não assegura apenas a participação das partes, esta participação deverá ocorrer em plena igualdade. Logo, os envolvidos deverão estar em simétrica paridade para que a decisão proferida, seja na via administrativa ou judicial, tenha plena validade. Esse é o magistério de Aroldo Plínio Gonçalves (1992, p. 132).

O contraditório como direito de participação em simétrica paridade, como oportunidade de participação, como direito, revestido de proteção constitucional (...) uma garantia não é uma imposição, é uma liberdade protegida, não pode ser coativamente oferecida e não se identifica como instrumento de sujeição. Garantia é uma liberdade assegurada.

Tecidas essas considerações, constata-se que o objetivo primordial da licitação é selecionar a proposta mais vantajosa e melhor produto ou serviço, sendo imprescindível assegurar aos concorrentes condições uniformes para que possam participar em “*pé de igualdade*” e que, ao final, seja declarado vencedor aquele que cumpriu todos os requisitos do certame licitatório e ofereceu o menor preço. Por fim, cabe destacar que todo o procedimento deve observar o preceito contido no artigo 37, inciso XXI, da Constituição da República de 1988, bem como os requisitos da Lei nº 8.666/1993.

Declarado o licitante vencedor, é hora de adjudicar e homologar o objeto da licitação e, por fim, o vencedor da licitação é chamado para assinar o contrato com a Administração Pública pelo período previsto no edital licitatório.

Caso o Administrador dispense indevidamente a licitação ou frustre o caráter competitivo do certame, poderá responder pelos crimes tipificados nos artigos 89 e 90 da Lei nº 8.666/1993, conforme será abordado a seguir.

### **1.1 O Crime tipificado no artigo 89 da Lei de Licitações**

O artigo 89 da Lei nº 8.666/1993 estabelece que constitui crime “Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”.

Os Tribunais Pátrios têm decidido no sentido de que, para a configuração do crime tipificado no artigo 89 da Lei de Licitações, o órgão acusador deve comprovar que o agente agiu com dolo, ou seja, deve existir a intenção do agente em lesar os cofres públicos para a configuração do crime. Eis alguns precedentes neste sentido:

EMENTA Ação Penal. Ex-prefeito municipal que, atualmente, é deputado federal. Dispensa irregular de licitação (art. 89, caput, da Lei nº 8.666/

93). Dolo. Ausência. Atipicidade. Ação penal im-procedente.

1. A questão submetida ao presente julgamento diz respeito à existência de substrato probatório mínimo que autorizasse a condenação do réu na condição de prefeito municipal, por haver dispensado indevidamente o procedimento licitatório para a contratação de serviços de consultoria em favor da Prefeitura Municipal do Recife/PE.

2. Não restou demonstrada a vontade livre e conscientemente dirigida por parte do réu de superar a necessidade de realização da licitação. Presupõe o tipo, além do necessário dolo simples (vontade consciente e livre de contratar independentemente da realização de prévio procedimento licitatório), a intenção de produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação.

3. A incidência da norma que se extrai do art. 89, caput, da Lei nº 8.666/93 depende da presença de um claro elemento subjetivo do agente político: a vontade livre e consciente (dolo) de lesar o Erário, pois é assim que se garante a necessária distinção entre atos próprios do cotidiano político-administrativo e atos que revelam o cometimento de ilícitos penais. No caso, o órgão ministerial público não se desincumbiu do seu dever processual de demonstrar, minimamente, que tenha havido vontade livre e consciente do agente de lesar o Erário. Ausência de demonstração do dolo específico do delito, com reconhecimento de atipicidade da conduta dos agentes denunciados, já reconhecida pela Suprema Corte (Inq. nº 2.646/RN, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 7/5/10).

4. Por outro lado, o que a norma extraída do texto legal exige para a dispensa do procedimento de licitação é que a contratação seja de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, desde que detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos. Há no caso concreto requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de dispensa de licitação. Ilegalidade

inexistente. Fato atípico. 5. Acusação improcedente. 6. Ação penal julgada improcedente. (AP 559, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 26/08/2014, Acórdão Eletrônico DJe-214 DIVULG 30-10-2014 PUBLIC 31-10-2014)

#### DISPENSA DE LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO E DANO AO ERÁRIO.

A Corte Especial, por maioria, entendeu que o crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 exige dolo específico e efetivo dano ao erário. No caso concreto a prefeitura fracionou a contratação de serviços referentes à festa de carnaval na cidade, de forma que em cada um dos contratos realizados fosse dispensável a licitação. O Ministério Público não demonstrou a intenção da prefeita de violar as regras de licitação, tampouco foi constatado prejuízo à Fazenda Pública, motivos pelos quais a denúncia foi julgada improcedente. APn 480-MG, Rel. originária Min. Maria Thereza de Assis Moura, Rel. para acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, julgado em 29/03/2012 - STJ.

#### HABEAS CORPUS. CRIME DE DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. ART. 89 DA LEI 8.666/93. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ORDEM CONCEDIDA.

1. Não trouxe o Parquet estadual elementos capazes de sustentarem a configuração do prejuízo ao erário, tampouco da demonstração do elemento subjetivo especial na conduta do ora paciente na prática do crime previsto no art. 89, caput, da Lei 8.666/1993.

2. A Corte Especial deste Tribunal Superior decidiu que seria imprescindível a presença do dolo específico de causar dano ao erário e a demonstração do efetivo prejuízo para a tipificação do crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/1993. Nesse sentido: (Apn 480/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Rel. p/ acórdão Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Corte Especial, DJe 15/06/2012).

3. Não se pode simplesmente afirmar que o tal ou qual indivíduo praticou este ou aquele ato



previsto objetivamente em lei e por isso merece ser processado criminalmente, sem ao menos indicar o que deixou evidente o dolo de sua ação, nos delitos dolosos, ou a sua negligência, imprudência ou imperícia, nas hipóteses de crimes culposos (AgRg no AREsp 1259376/PB, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI, SEXTA TURMA, DJe 21/11/2018).

4. Habeas corpus concedido para reconhecer a inépcia da denúncia, diante da ausência de demonstração do elemento subjetivo específico de dano ao erário e seu efetivo prejuízo, e determinar o trancamento da Ação Penal 0001104-86.2009.8.26.0624.

(STJ - HC 480.533/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 02/04/2019, DJe 10/04/2019)

Na mesma trilha são os ensinamentos do doutrinador Cezar Roberto Bitencourt, ao afirmar que é necessária a comprovação do dolo específico para a configuração da conduta penal descrita no artigo 89 da Lei de Licitações:

“O tipo subjetivo é constituído de um elemento geral – dolo –, que, por vezes, é acompanhado de elementos especiais – intenções e tendências –, que são elementos acidentais, conhecidos como elementos subjetivos especiais do injusto ou do tipo penal. Neste tipo, antecipando, não há previsão da necessidade de qualquer elemento subjetivo especial, como demonstraremos adiante. [...]. O elemento subjetivo das condutas descritas neste art. 89 da Lei de Licitações é o dolo, constituído pela consciência e a vontade de realização das condutas descritas, quais sejam, dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses legais, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou a inexigibilidade”. (BITENCOURT, 2012. p. 159-160)

Do mesmo modo, posicionou-se o Ministro Felix Fischer, do Superior Tribunal de Justiça, no Habeas Corpus nº 315.494/GO, de 2015:

[...]. Com efeito, a simples leitura do caput do art. 89 da Lei nº 8.666/93 não possibilita qual-

quer conclusão no sentido de que para a configuração do tipo penal ali previsto exige-se qualquer elemento de caráter subjetivo diverso do dolo, entendido como a consciência e a vontade de realização dos elementos objetivos do tipo penal. Dito em outras palavras, não há qualquer motivo para se concluir que o tipo em foco exige um ânimo, uma tendência, uma finalidade dotada de especificidade própria, e isso, é importante destacar, não decorre do simples fato de a redação do art. 89, caput, da Lei nº 8.666/93, ao contrário do que se passa apenas a título exemplificativo, com a do art. 90 da Lei nº 8.666/93, não contemplar qualquer expressão como “com o fim de”, “com o intuito de”, “a fim de”, etc. Aqui o desvalor da ação se esgota no dolo, é dizer, a finalidade, a razão que moveu o agente ao dispensar ou inexigir a licitação fora das hipóteses previstas em lei é de análise desnecessária [...].<sup>1</sup>

Para o administrativista Marçal Justen Filho, a ausência de observância das formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade da licitação somente é punível quando acarretar contratação indevida e retratar o intento reprovável do agente (visando a produzir o resultado danoso). Se os pressupostos da contratação direta estavam presentes, mas o agente deixou de atender à formalidade legal, a conduta é penalmente irrelevante (JUSTEN FILHO, 2016, p. 1.399), vez que, para a configuração do crime tipificado no artigo 89 da Lei nº 8.666/1993, é necessário comprovar que o agente agiu dolosamente visando a produzir um resultado danoso ao erário.

O agente público e o terceiro podem ser punidos quando simularem os requisitos exigidos nos artigos 24 e 25 da Lei nº 8.66/1993 e, com isso, realizar o contrato administrativo por inexigibilidade ou por dispensa de licitação, tendo em vista que a contratação será considerada fraudulenta e contrária aos interesses da Administração Pública.

Pode acontecer que somente o agente público responda pelo ilícito, pois o particular não tomou conhecimento ou cometeu qualquer ato para o aperfeiçoamento do evento criminoso, ou seja, inexistiu a vontade do contratado contribuir para

<sup>1</sup> Habeas Corpus nº 315.494/GO, 5ª Turma, Rel. Ministro Felix Fischer, julgado em 23.06.2015, *DJe* 29/06/2015.

evento criminoso. Portanto, mesmo que o contratado tenha se beneficiado com a contratação fraudulenta, não pode ser responsabilizado, pois não estava em conluio com o agente público na empreitada criminosa. Nesse sentido, posicionou-se o doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

Esta é a razão pela qual, no parágrafo único deste artigo, inseriu-se que, quanto ao contratado (não servidor), deve-se buscar, além do dolo, a específica vontade de se beneficiar da dispensa ou inexigibilidade da licitação, tendo tomado parte na concretização da ilegalidade. É lógico que o particular, ao fornecer bens ou serviços à Administração, sem ter tomado parte na ilegalidade cometida pelo servidor, que agiu por interesses escusos quaisquer, ainda que tenha lucro, não pode ser responsabilizado criminalmente (...). Assim, no caso o servidor dispensa a licitação, mas o particular não tome parte em qualquer ato ilegal, que lhe diga respeito, ainda que se beneficie da contratação indevida, é incabível a punição (NUCCI, 2007, p. 739/740).

Destarte, o contratado não pode ser punido quando não restar comprovada sua participação na contratação indevida, até porque, por força da prerrogativa de legitimidade e veracidade dos atos administrativos, presume-se que todos os atos administrativos são tidos como legais até que haja prova em contrário. Portanto, não assemelha razoável o contratado ser condenado em razão de ato ilícito praticado pelo servidor público, mesmo que o contratado tenha se beneficiado com a contratação irregular, pois lhe faltará o elemento subjetivo que é o dolo e a vontade de se beneficiar com a dispensa ou inexigibilidade indevida de licitação.

De mais a mais, cabe unicamente à Administração Pública, através do agente público, averiguar se a contratação se encaixa como dispensável ou inexigível, não competindo ao contratado fazer tal avaliação, tendo em vista que se trata de ato afeto à Administração Pública. Portanto, o particular não pode ser responsabilizado nos casos em que foi dispensada e inexigida a licitação fora das hipóteses legais, a não ser que o particular tenha alguma participação no evento criminoso.

Na ausência de comprovação da participação do contratado para a consumação da ilegalidade, este não deve sequer ser

enunciado. Uma vez recebida a ação, sua absolvição é medida que se impõe. Foi o que decidiu o Tribunal Regional Federal da Quarta Região – TRF4, ao julgar a Apelação Criminal<sup>2</sup> nº 2000.72.00.001156-9.

O sujeito ativo do crime previsto no *caput* do artigo 89 (Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade) somente pode ser cometido por um agente público.

Nessa trilha, posiciona o administrativista Marçal Justen Filho, ao afirmar que:

o tipo previsto no *caput* do artigo 89 exige a atuação de servidor público (acepção ampla do art. 84), pois a decisão de efetivar contratação direta incumbe ao agente da Administração Pública. Estarão sujeitos à sanção penal todos os servidores a quem incumbir o exame do cumprimento das formalidades necessárias à contratação direta<sup>3</sup>, ou seja, o crime do *caput* do artigo 89 da Lei de Licitações trata-se de um “crime funcional ou próprio<sup>4</sup>”.

Segundo o doutrinador Cezar Roberto Bitencourt, é indispensável que o agente público esteja no exercício de sua função pública, devendo ainda ter atribuição especial para conduzir o processo ou procedimento licitatório. Não estando no exercício da função pública e não sendo o responsável pela condução do procedimento licitatório, não terá como o servidor praticar o crime capitulado no artigo 89 da Lei de Licitações.

<sup>2</sup> TRF4 – “Em atenção ao princípio do *in dubio pro reo*, impõe-se a absolvição dos réus quando não existem nos autos provas convincentes da sua participação na ‘consumação da ilegalidade’ (artigo 89, parágrafo único, Lei 8.666/93) ou do intuito de favorecer a parte contratada por meio da omissão de formalidades legais para dispensa/ inexigibilidade de licitação. (TRF4, ACR 2000.72.00.001156-9, OITAVA TURMA, Relator Luiz Fernando Wowk Penteado, DJ 19/10/2005)”.

<sup>3</sup> JUSTEN FILHO, 2016, p. 1.339.

<sup>4</sup> STJ - Amparo da doutrina, no sentido de que os crimes de responsabilidade ou funcionais são aqueles em que ‘a condição de funcionário público é inerente à prática do delito (delito próprio, portanto), não abrangendo outros ilícitos comuns que podem ser cometidos por qualquer pessoa, ainda que a condição de funcionário público intervenha como circunstância qualificadora’, como ocorre nas infrações previstas na Lei de Licitações. (HC 26.089/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 06/11/2003, DJ 01/12/2003, p. 376).

Eis os comentários do doutrinador:

É indispensável, ademais, que o agente encontre-se no exercício de sua função pública, e que tenha atribuição especial para a prática do processo ou procedimento licitatório. Evidentemente que não pode praticar esse crime que não se encontra no exercício da função ou, por qualquer razão, encontre-se temporariamente dela afastado, como, por exemplo, de férias, de licença etc. Nada impede, contudo, que o sujeito ativo, qualificado pela condição de funcionário público, consorcie-se com um *extraneus* para a prática do crime, com limitação, evidentemente, preconizada pelo parágrafo único, conforme demonstraremos adiante (BITENCOURT, 2012. p. 133).

O crime tipificado no *caput* do artigo 89 da Lei de Licitações exige que o sujeito ativo seja um servidor público, ou seja, o tipo penal exige uma qualidade especial do sujeito ativo, tratando-se, portanto, de um crime próprio. Dessa forma, o crime somente pode ser praticado por alguém que seja servidor público e que esteja no exercício da função pública.

No entanto, o artigo 89 da Lei de Licitações comporta dois tipos penais distintos, vez que o crime previsto no *caput* somente pode ser cometido por servidor público no exercício da função pública, enquanto o crime tipificado no parágrafo único do artigo supramencionado admite a participação de qualquer pessoa física que tenha concorrido e se beneficiado da contratação indevida. Para o particular, responder pelo crime previsto no artigo 89 da Lei de Licitações exige a cumulação de dois requisitos, quais sejam: a comprovação de que concorreu para a contratação da contratação irregular, bem como prova de que se beneficiou da dispensa ou inexigibilidade ilegal. Dessa forma, somente haverá o crime do parágrafo único do artigo 89 se restar comprovados os dois elementos retromencionados. Nesse sentido, posiciona-se o doutrinador Cezar Roberto Bitencourt:

O parágrafo único do art. 89 limita a responsabilidade penal do partícipe que não reúne a qualidade de funcionário público, exigida pelo *caput*. O crime de mão própria, regra geral, admite a intervenção de terceiro sem a qualificação exigida pela descrição típica (funcionário público), na condição de mero partícipe, ou seja, participante com

uma atividade secundária, acessória, sem realizar diretamente a conduta nuclear do tipo penal. Com efeito, o tipo descrito no parágrafo único do art. 89 apresenta uma peculiaridade especial: limitação da intervenção e da punibilidade do extraneus, que é condicionada a obtenção de benefício representado pela celebração de contrato com o Poder Público (BITENCOURT, 2012, p. 136).

O sujeito passivo do crime do artigo 89 da Lei nº 8.666/1993 será a Administração Pública, sendo que a norma visa a tutelar os interesses da Administração Pública, especialmente a moralidade administrativa e a lisura nos procedimentos licitatórios.

## 1.2 O crime do artigo 90 da Lei de Licitações

O artigo 90 da Lei nº 8.666/1993 estabelece que “Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação” constitui crime apenado com detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa.

No presente caso, o legislador buscou reprimir os ajustes ou combinações que objetivam frustrar ou fraudar o caráter competitivo do certame. A intenção do legislador foi tutelar os princípios inerentes à Administração Pública, especialmente os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade e probidade administrativa.

Segundo André Guilherme Tavares de Freitas, o artigo 90 da Lei de Licitações objetiva resguardar o princípio da competitividade da licitação e o princípio da igualdade entre os licitantes. Eis os comentários do autor:

O asseguração do princípio da competitividade da licitação que a Administração pública seleciona a proposta mais vantajosa, principalmente em relação ao preço, razão pela qual, reflexamente, está se resguardando com esta norma penal o patrimônio público.

Sem embargo, intimamente ligado ao princípio da competitividade da licitação está o princípio da igualdade entre os licitantes (...). (DE FREITAS, 2007, p. 103/104)

Vale dizer que o crime tipificado no artigo 90 da Lei nº 8.666/93 é apenado apenas na forma dolosa, portanto, o agente não incorrerá em crime quando agir com negligência, imprudência, imperícia ou inobservância aos procedimentos legais.

Para a caracterização do delito tipificado no artigo 90 da Lei de Licitações, basta que

o agente frustrar ou fraude o caráter competitivo da licitação, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, com o intuito de obter vantagem decorrente da adjudicação do objeto do certame, vantagem essa que pode ser para si ou para outrem<sup>5</sup>.

Assim, o crime somente se efetiva se o agente conseguir frustrar ou fraudar o caráter competitivo do certame, ou seja, o crime exige o resultado naturalístico que é a frustração ou fraude da competitividade do certame, exigindo-se, portanto, o dano. Desse modo, se os atos praticados não resultarem em frustração ou fraude ao processo licitatório, o agente não será punido, vez que não se pune a tentativa.

Parte da doutrina e jurisprudência entende que é necessária a comprovação do prejuízo decorrente da frustração ou fraude ao caráter competitivo do certame. Com as devidas *venias*, este autor não coaduna com tal entendimento, tendo em vista que o legislador não exigiu a efetiva vantagem para a caracterização do crime, até porque a redação da norma em estudo diz o seguinte: “com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação”, ou seja, em momento algum foi estabelecida a efetivação da vantagem para configuração do crime tipificado no artigo 90 da Lei de Licitações.

O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento no sentido de que o crime do artigo 90 da Lei nº 8.666/1993 é formal, ou de consumação antecipada, bastando a frustração do caráter competitivo do procedimento licitatório com o mero ajuste, combinação ou outro expediente. Essa constatação fulmina o argumento da necessidade de prejuízo ao erário, sendo este mero exaurimento do crime.<sup>6</sup> Assim, pode-se dizer que o crime

<sup>5</sup> AgRg no Ag 983.730/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 26/03/2009, DJe 04/05/2009.

<sup>6</sup> STJ - REsp 1597460/PE, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 21/08/2018, DJe 03/09/2018 / HC 384.302/TO, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 01/06/2017, DJe 09/06/2017.

previsto no artigo 90 da Lei de Licitações necessita da comprovação de dolo específico; todavia, não depende da comprovação de prejuízo ao erário, por se tratar de crime formal.

Na mesma trilha, posicionou-se o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais na Apelação Criminal 1.0637.14.004187-1/001, de Relatoria do Desembargador Wanderley Paiva, aduzindo que:

O crime previsto no artigo 90 da Lei nº 8.666/93 é formal, ou seja, não exige efetivo prejuízo à Administração como consequência de resultado naturalístico, tampouco se demanda a obtenção da vantagem ao agente, pois a tutela circunda a moralidade pública, assegurando o caráter competitivo do procedimento licitatório, como princípio específico insculpido na seara das licitações e contratos<sup>7</sup>.

Para o doutrinador Cezar Roberto Bitencourt, não é necessária a efetivação do prejuízo para consumação do crime do artigo 90 da Lei de Licitações. Eis os comentários do doutrinador:

Não se pode confundir, para efeito de consumação, a materialização da frustração ou da fraude com a efetiva obtenção da vantagem referida no dispositivo legal, na medida que dita vantagem representa somente o fim especial da ação, que, como tal, não precisa de concretizar, sendo suficiente que exista no psíquico do agente, isto é, que seja o móvel da ação. Na verdade, tampouco é necessário à consumação que ocorra o prejuízo econômico, o qual, se vier a existir, representará somente o exaurimento do crime. (BITENCOURT, 2012, p. 208/209)

A realização de procedimento licitatório sem a observância das formalidades devidas, por si só, não configura o crime tipificado no artigo 90 da Lei de Licitações, tendo em vista que, para ser penalmente relevante, depende da demonstração do dolo, o qual consiste na vontade consciente de frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expedien-

<sup>7</sup> TJMG - Apelação Criminal 1.0637.14.004187-1/001, Relator: Des. Wanderley Paiva, 1ª Câmara Criminal, julgamento em 15/05/2018, publicação da súmula em 23/05/2018.



te, o caráter competitivo do certame, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.

Vale dizer que a invalidação do certame licitatório pela Administração Pública não afasta a configuração do crime tipificado no artigo 90 da Lei de Licitações e Contratos, foi o que decidiu o Superior Tribunal de Justiça ao julgar o RHC 18.598/RS, ficando consignado que: “a anulação do certame licitatório, em razão do evidente ajuste prévio entre os licitantes, não afasta a tipicidade da conduta prevista no art. 90 da Lei n.º 8.666/93”.<sup>8</sup>

O sujeito passivo do artigo 90 da Lei de Licitações pode ser tanto o agente público como o particular, não se tratando de crime que somente pode ser cometido pelo agente público. Foi o que decidiu o Superior Tribunal de Justiça no HC 26.089/SP e HC 26.089/SP:

[...] Delito pelo qual o paciente foi condenado, previsto no art. 90 da Lei de Licitação, que, embora tenha sido praticado à época em que o mesmo seria Vereador-Presidente da Câmara Municipal, não é crime de responsabilidade, tampouco crime funcional ou próprio. Para que se configure a prática do referido crime, não é necessário o desempenho de função pública, a ocupação de cargo público, ou o exercício de mandato eletivo. Qualquer pessoa pode cometê-lo, eis que não há vínculo subjetivo com o funcionário público. (HC 26.089/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 06/11/2003, DJ 01/12/2003, p. 376)

Delito pelo qual o paciente foi condenado, previsto no art. 90 da Lei de Licitação (...). Para que se configure a prática do referido crime, não é necessário o desempenho de função pública, a ocupação de cargo público, ou o exercício de mandato eletivo. Qualquer pessoa pode cometê-lo, eis que não há vínculo subjetivo com o funcionário público. (HC 26.089/SP, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 06/11/2003, DJ 01/12/2003, p. 376).

<sup>8</sup> STJ - RHC 18.598/RS, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 06/11/2007, DJ 10/12/2007, p. 397.

Destarte, o crime capitulado no artigo 90 da Lei de Licitações trata-se de crime comum, tendo em vista que pode ser praticado por qualquer pessoa, não exigindo condição especial do agente.

O crime tipificado no artigo 90 envolve concurso de agentes, haja vista que exige o ajuste, a combinação ou qualquer outro expediente visando a frustrar ou fraudar o caráter competitivo do certame. *In casu*, para a configuração do crime, é exigida a comprovação do dolo específico, consistente no especial fim de “obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação”.<sup>9</sup>

Por fim, vale registrar que o sujeito passivo do crime do artigo 90 da Lei nº 8.666/1993 será a Administração Pública (União, Estados, Distrito Federal e Municípios, e respectivas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas, e quaisquer outras entidades sob seu controle direto ou indireto), ou seja, considera-se sujeito passivo do crime todas as pessoas jurídicas descritas no artigo 85 da Lei de Licitações e Contratos.

## **2 A inconstitucionalidade do regulamento que dispõe sobre a adesão à ata de registro de preços**

O artigo 22 do Decreto Federal nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013, dispõe sobre a possibilidade de utilização da Ata de Registro de Preços por outros órgãos ou entidades da administração pública federal, *in verbis*:

Art. 22. Desde que devidamente justificada a vantagem, a ata de registro de preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da administração pública federal que não tenha participado do certame licitatório, mediante anuência do órgão gerenciador.

§ 1º Os órgãos e entidades que não participaram do registro de preços, quando desejarem fazer uso da ata de registro de preços, deverão consultar o órgão gerenciador da ata para manifestação sobre a possibilidade de adesão.

§ 1º-A A manifestação do órgão gerenciador de que trata o § 1º fica condicionada à realização

<sup>9</sup> STJ - AgRg no AREsp n. 185.188/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 12/5/2015.

de estudo, pelos órgãos e pelas entidades que não participaram do registro de preços, que demonstre o ganho de eficiência, a viabilidade e a economicidade para a administração pública federal da utilização da ata de registro de preços, conforme estabelecido em ato do Secretário de Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. (Incluído pelo Decreto nº 9.488, de 2018) (Vigência)

§ 1º-B O estudo de que trata o § 1º-A, após aprovação pelo órgão gerenciador, será divulgado no Portal de Compras do Governo federal. (Incluído pelo Decreto nº 9.488, de 2018) (Vigência)

§ 2º Caberá ao fornecedor beneficiário da ata de registro de preços, observadas as condições nela estabelecidas, optar pela aceitação ou não do fornecimento decorrente de adesão, desde que não prejudique as obrigações presentes e futuras decorrentes da ata, assumidas com o órgão gerenciador e órgãos participantes.

O Sistema de Registro de Preços e a utilização da Ata de Registro de Preços também foram regulamentados pelos demais Entes Políticos.

Parte da doutrina sustenta que a adesão à Ata de Registro de Preços fere os princípios da isonomia, vinculação ao edital, legalidade e impessoalidade, visto que permite à Administração firmar contratos sem licitação, o que viola o dever de licitar e a garantia de igualdade de condições a todos os concorrentes.

Nessa trilha, posiciona-se o administrativista Marçal Justen Filho, aduzindo que

Teria de assegurar-se a todos os demais fornecedores tratamento equivalente, eis que o titular do preço registrado não formulara proposta para realizar a contratação que se consumou. Surge uma preferência incompatível com a licitação e a isonomia (JUSTEN FLHO, 2010).

A meu ver, a adesão à Ata de Registro de Preços, além de afrontar os princípios da isonomia, também viola outros princípios que regem o processo licitatório, dentre eles, os princípios da impessoalidade, da moralidade, da legalidade e do julgamento objetivo. Assim, o instituto do “processo carona” está em descom-

passo com a previsão inserida no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Republicana de 1988, haja vista que afasta o dever de licitar previsto pelo legislador constituinte, o que é gravíssimo.

De mais a mais, a figura do “processo carona” não foi criada pelo Poder Legislativo, que é o legitimado a inovar no sistema jurídico vigente, mas sim através de decreto executivo. Vale ressaltar que no Direito brasileiro não existe autorização para que algum órgão ou entidade contrate com base em certame promovido por outros órgãos, o que realmente existe é a instituição da figura do “processo carona” através de Decreto de executivo, subjugando, portanto, a necessidade de instaurar o devido processo legislativo de competência privativa do Poder legislativo, o que não pode ser aceito.

Vale consignar que o artigo 15 da Lei nº 8.666/1993 prevê que as compras, sempre que possível, deverão ser processadas através de sistema de registro de preços. Entretanto, o legislador não autorizou a adesão à Ata de Registro de Preços realizada por outro Ente ou entidade. Desse modo, não pode o intérprete fazer uma interpretação elasticada para criar forma de contratação não prevista pelo legislador.

Nesse sentido, são os ensinamentos de Ana Flávia Xavier, em seu artigo “A utilização do Sistema de Registro de Preços nas compras públicas e a figura do Carona - Perspectivas práticas e legais”. Eis os comentários:

O vício mais evidente da figura do carona é a ilegalidade. A Lei n. 8.666/93 não faculta a instituição desse sistema, que foi introduzido por meio de regulamento, subjugando, assim, o prévio e necessário processo legislativo ao qual deveria se submeter. (...)

Dessa forma, o Decreto n. 3.931/01, que instituiu o carona, extrapola sua competência constitucional, pois ignora a ordem jurídica e desrespeita o processo legislativo constitucional, uma vez que a competência para a criação da figura do carona pertence ao legislativo. (XAVIER, 2012)

Para Joel de Menezes Niebuhe, a adesão à Ata de Registro de Preços é “inconstitucional e ilegal, por impor agravos veementes aos princípios da legalidade, isonomia, vinculação ao edital, moralidade administrativa, impessoalidade e economicidade” (NIEBUHR, 2006, p. 13-19).

Segundo o administrativista Marçal Justen Filho, há diversos obstáculos jurídicos à figura da adesão ao SRP. Eis os apontamentos:

10.1.1) *A infração ao princípio da legalidade*

O vício mais evidente da figura do “carona” é a ilegalidade. A Lei 8.666/1993 não facultou a instituição dessa sistemática, que foi introduzida por meio de regulamento. Ao disciplinar a figura do registro de preços, não houve a previsão de sua utilização por outros órgãos. (...).

10.1.2) *A infração ao princípio da vinculação ao edital*

A figura do “carona” produz uma infração ao princípio da vinculação ao edital. Promove-se a licitação prevendo que o licitante vencedor poderá ser contratado para fornecer quantitativos determinados e limitados para a Administração Pública. Posteriormente, admite-se que sejam realizadas contratações que suprem esse limite. Mais ainda, podem ser realizadas contratações em quantitativos ilimitados, eis que o montante máximo aplica-se por órgão administrativo adquirente. Ademais, produz-se a contratação com órgão não participante da licitação e do sistema original, o que também configura uma hipótese de infração às condições previstas no ato convocatório.

10.1.3) *A criação de hipótese de dispensa de licitação.*

Depois, há ofensa ao princípio da obrigatoriedade da licitação, instituindo-se competência discricionária da Administração Pública promover a contratação direta.

Não se contraponha que existiu uma licitação e que a contratação apenas aproveitará os seus resultados. O argumento é descabido, eis que a licitação foi realizada para fins específicos e determinados. A Contratação do “carona” não se enquadra nos limites e nos efeitos da licitação para o sistema de registro de preços – aliás, essa é precisamente a questão central que dá identidade ao problema. (JUSTEN FILHO, 2016, p. 352-353)

O consultor jurídico do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, Edgar Guimarães, também posiciona contrariamente a figura do “processo carona” nos seguintes termos:

Esta prática, que não tem vedação ou limite estabelecido na lei, acabou favorecendo, por caminhos indiretos, a dispensa da licitação. E trouxe benefícios econômicos indevidos a algumas empresas, que veem seus lucros aumentarem com a proliferação desenfreada de adesões às atas de registro. Não bastasse isto, algumas empresas têm se aproveitado da condição de vencedoras dos certames para aumentar sua participação no mercado, de maneira irregular, por meio do uso de representantes que comercializam as respectivas atas. Criou-se uma figura que se denomina 'traficante de ata', que representa os interesses da empresa e sai vendendo atas de registros de preços. Além deste expediente, há companhias que montam mailings de potenciais clientes no setor público. Declaradas vencedoras, enviam-lhes mensagens onde oferecem os produtos e serviços licitados e as respectivas atas. (GUIMARÃES, 2010, p. 1).

Para Joel de Menezes Niebuhr, a adoção da figura do "processo carona" coloca "em xeque" os princípios da impessoalidade e da modalidade. Eis os comentários do ilustre administrativista:

O carona, no mínimo, expõe os princípios da moralidade e da impessoalidade a risco excessivo e despropositado, abrindo as portas da Administração a todo tipo de lobby, tráfico de influência e favorecimento pessoal.

Imagine-se o seguinte: a empresa "A" ganhou licitação e assinou ata de registro de preços para fornecer mil unidades de dado produto. Com a ata de registro de preços em mãos, a empresa "A" pode procurar qualquer entidade administrativa, sem limite, propondo aos agentes administrativos responsáveis por ela aderirem à ata, entrando de carona, e, pois, contratarem sem licitação. É de imaginar ou, na mais tênue hipótese, supor que a empresa "A" pode vir a oferecer alguma vantagem (propina) aos representantes destas outras entidades administrativas, para que os mesmos adiram à ata de registro de preços que a favorece e viabilizem a contratação. Nesse prisma, a empresa "A", que participou de licitação para fornecer mil unidades, pode vender cem mil unidades ou o quanto for, depen-

dendo apenas do seu poder de lobby, do quão ela é competente em tráfico de influência ou do montante da propina que ela se dispõe a pagar. (NIEBUHR, 2006).

O Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina e o do Estado Paraná já se posicionaram no sentido de que a Adesão à Ata de Registro de Preços afronta os artigos 22, XXVII, 37, XXI e 84, IV, todos da Constituição República de 1988, além de ofender o princípio da legalidade.

O TCE/PR recebeu consulta sobre a possibilidade de os municípios daquele estado aderirem às atas de registros de preços de outros entes administrativos da esfera federal, estadual ou municipal. Analisando o art. 15 e parágrafos da Lei n. 8.666/93, o relator ressaltou que 'em nenhum momento esse dispositivo prevê a possibilidade de que uma entidade pública que não tenha participado da elaboração do edital licitatório possa aproveitar-se desse procedimento para efetuar a aquisição de produtos do vencedor do certame'. Logo, no entender da Corte de Contas paranaense, o Decreto n. 3.931/01, que regulamentou o Sistema de Registro de Preços, extrapolou os limites constitucionais de sua utilização no que concerne ao carona. Ainda, ressaltou tratar-se, 'por vias oblíquas, da introdução de uma nova causa de dispensa de licitação, mediante decreto do Poder Executivo Federal, não prevista na norma geral'. Por fim, a Corte de Contas estadual decidiu por considerar 'inconstitucional a adesão a ata de registro de preço na forma prevista no art. 8º do Decreto n. 3.931/01, por ofensa aos arts. 22, XXVII, e 37, XXI e 84,

IV da Constituição Federal, que exigem lei federal para a disciplina do processo licitatório, notadamente, quanto à previsão de causa de dispensa ou inexigibilidade, e por ofensa à disciplina da habilitação, ao princípio da legalidade, da vinculação ao edital, da isonomia, da impessoalidade, da moralidade e da economicidade' (TCE/PR Consulta n. 19310/2010. Rel. Auditor Ivens Zschoerper Linhares. DJ: 09/06/2011).

'O Sistema de Registro de Preços, previsto no art. 15 da Lei (federal) n. 8.666/93, é uma ferramenta

gerencial que permite ao Administrador Público adquirir de acordo com as necessidades do órgão ou da entidade licitante, mas os decretos e as resoluções regulamentadoras não podem dispor além da Lei das Licitações ou contrariar os princípios constitucionais; por se considerar que o sistema de 'carona', instituído no art. 8º do Decreto (federal) n. 3.931/2001, fere o princípio da legalidade, não devem os jurisdicionados deste Tribunal utilizar as atas de registro de preços de órgãos ou entidades da esfera municipal, estadual ou federal para contratar com particulares, ou permitir a utilização de suas atas por outros órgãos ou entidades de qualquer esfera, excetuada a situação contemplada na Lei (federal) n. 10.191/2001'. (TCE/SC, Decisão n. 2.392/2007, Rel. Conselheiro Wilson Rogério Wan-Dall, julgado em 6 ago. 2007, veiculada na Revista Zênite — Informativo de Licitações e Contratos (ILC), Curitiba: Zênite, n. 163, p. 935, set. 2007, seção Tribunais de Contas.)

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo também se posicionou contrariamente à figura do "processo carona", aduzindo que tal forma de contratação afronta os princípios da legalidade, isonomia, economicidade, competitividade e vinculação ao instrumento convocatório. Vejamos:

A Fiscalização concluiu pela irregularidade da matéria, face à ilegalidade que destacou em seu circunstanciado Relatório de fls. 100/104, em razão de a aquisição ser decorrente da Ata de Registro de Preços do Pregão Eletrônico nº 01/2009, realizado pelo BNDES, *expediente denominado "carona", procedimento combatido por este Tribunal de Contas por afrontar os princípios da legalidade, isonomia, economicidade, competitividade e vinculação ao instrumento convocatório, com manifestação da respectiva Diretoria Técnica de Divisão às fls. 105/106*. Ademais, o órgão instrutivo faz menção a julgado desta Corte de Contas que afasta a possibilidade da utilização do "carona" nas circunstâncias em análise<sup>10</sup>. (Grifos).

<sup>10</sup> TCE/SP - TC 673/007/11 (Corpo de Auditores), relatado pelo auditor Josué Romero, julgado em 17/02/2014.



Em que pese o argumento de que a adesão à Ata de Registro de Preços seria vantajosa para a Administração em razão da celeridade na contratação, esse se mostra frágil em razão da inexistência de lei que autoriza o Poder Público a aderir à licitação já realizada.

Outrossim, a Administração Pública, diferentemente do particular, somente pode praticar seus atos com base no que estiver previsto em lei, por força do princípio da legalidade estrita. Como não existe lei dispendo sobre a figura do “processo carona”, não pode a Administração, ao seu bel-prazer, realizar a contratação com base neste instituto.

O que vemos atualmente é uma utilização demasiada da adesão à Ata de Registro de Preços, ferindo por completo os princípios da impessoalidade, da moralidade e do julgamento objetivo, além de afrontar o dever no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Republicana.

Outrossim, o artigo 22, inciso XXVII, da Constituição da República de 1988, estabelece que “compete privativamente à União legislar normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público”.

Assim, não pode o intérprete ou administrador criar hipótese de contratação não prevista pelo legislador democraticamente constituído pelo povo, sob pena de afronta direta ao princípio constitucional da tripartição de poderes (art. 2º da CRB de 1988).

De mais a mais, se fosse intenção do legislador autorizar a contratação através do “processo carona”, o faria de modo expresso, conforme fez com relação às formas de contratação estabelecidas na Lei nº 8.666/1993 e Lei nº 10.520/2002. Portanto, não pode ser aceita a criação da figura do “processo carona” por Decreto expedido pelo Poder Executivo, até porque este não tem legitimidade para inovar no sistema jurídico vigente.

Além de regulamentar o Sistema de Registro de Preços, o decreto regulamentar criou a hipótese de contratação através da figura do “processo carona”, ou seja, o decreto extrapolou a função de regulamentar a lei criada pelo Legislativo; logo, aquilo em que ultrapassou o poder regulamentar está contaminado pela inconstitucionalidade. Não há nenhuma dúvida de que a figura do “processo carona” é altamente inconstitucional, pois foi criada por quem não tem legitimidade de inovar no sistema jurídico.

Como é de conhecimento de todos, ressalvadas as hipóteses previstas no artigo 84, inciso VI, da CRB de 1988, o decreto expedido pelo Poder Executivo não pode inovar no sistema jurídico vigente, podendo apenas regulamentar norma criada pelo Poder Legislativo, sob pena de inconstitucionalidade.

Tecidas essas considerações, pode-se concluir que o Decreto Federal nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013, que dispõe sobre a possibilidade da ata de registro de preços poder ser utilizada por outros órgãos ou entidades da administração pública, e os demais decretos correlatos estão eivados de inconstitucionalidade.

## Conclusão

Pelo estudo realizado, pode-se concluir que a adesão à Ata de Registro de Preços está em descompasso com o dever de licitar estabelecido no inciso XXI do artigo 37 da Constituição da República de 1988, além de violar os princípios da isonomia da legalidade e do julgamento objetivo. Assim, cada Ente político deve instaurar seus próprios processos licitatórios, por força do que determina a norma constitucional.

Pode-se dizer que, em tese, a adesão à Ata de Registro de Preços configura o crime tipificado no artigo 89 da Lei de Licitações e Contratos, eis que a Administração realiza a contratação de bens e serviços sem instaurar o certame público, ao passo que o particular firma contrato com a Administração sem ter sido sagrado vencedor da licitação, o que é um atentado ao inciso XXI do artigo 37 da CRB de 1988.

Infelizmente, o que vemos no dia a dia é a utilização indiscriminada do instituto da “adesão ao registro de preços”, em que o administrador deixa em segundo plano o dever de licitar para aderir a processos licitatórios de outros Entes, o que é temerário.

Assim, cada órgão ou entidade deve planejar e contratar seus bens e serviços, não devendo aderir à licitação realizada por terceiros, até porque o legislador constituinte estabeleceu que “as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes”<sup>11</sup>.

Vale reiterar que não existe norma constitucional ou infraconstitucional autorizando que a Administração Pública

---

<sup>11</sup> Artigo 37, inciso XXVI, da CRB de 1988.

realize contratação de bens e serviços com base em licitação promovida por outros órgãos; logo, a contratação através da adesão à Ata de Registro de Preços é ilegal, mesmo que presente a vantajosidade da adesão, tendo em vista a ausência de norma válida admitindo a figura do “processo carona”.

Outrossim, a utilização do “processo carona”, como meio de contratação pela Administração Pública, é terra fértil para administradores e particulares mal-intencionados, pois poderão utilizar a Ata de Registro de Preços como forma de afastar o dever de licitar para contratação de bens e serviços.

Mesmo se posicionando favoravelmente à adesão à Ata de Registro de Preços, o Tribunal de Contas Mineiro e o TCU têm endurecido o entendimento quanto às exigências para formalização das adesões, exigindo a comprovação da vantajosidade da adesão, bem como a devida motivação, ao argumento de que a adesão à Ata de Registro de Preços não é ato discricionário da Administração Pública.

## Referências

- ALEXANDRINO, Marcelo, Paulo, Vicente. **Direito Constitucional descomplicado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revistas do Tribunais, 2016.
- BANBEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Direito penal das licitações**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**, 3. ed., JusPodivm, 2015.
- DE FREITAS, André Guilherme Tavares. **Crimes na Lei de Licitações**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRECO FILHO, Vicente – **Tóxicos – Prevenção e Repressão**: Saraiva, 1990.

JARDIM, Afrânio Silva, **Curso de Direito Penal**. 2. ed. RJ: ed. Impetus, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 17. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **Justa Causa para a Ação Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NIEBUHR, Joel de Menezes. “**Carona” em ata de registro de preços: atentado veemente aos princípios do Direito Administrativo**. ILC – Informativo de Licitações e Contratos, nº 143. Curitiba: Zênite, jan. 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

XAVIER, Ana Flávia. **O sistema de registro de preços nas compras públicas e a figura do carona: perspectivas práticas e legais**. Revista Jus Navigandi, 20 abr. 2012.

# **Consumismo e religião. Eficácia da norma consumerista com o declínio da religião à luz da psicanálise no capitalismo**

**Gouvan Linhares Lopes**

*Advogado da CAIXA no Ceará*

*Graduado em Economia, Filosofia e Psicologia*

*Graduando em Teologia*

*Pós-graduado em Direito Público*

**Floriano Benevides de Magalhães Neto**

*Advogado da CAIXA no Ceará*

*Graduado em Economia*

*Pós-graduado em Direito Constitucional*

**Sara Maria da Silveira Fortuna Lopes**

*Acadêmica de Direito na Universidade*

*de Fortaleza - UNIFOR*

## **RESUMO**

Objetiva o presente artigo analisar os limites do Direito na proteção do consumidor à propaganda que estimula o consumismo da compra por impulso, buscando compreender, a partir da interdisciplinaridade com a economia, filosofia, psicanálise e teologia, como o declínio da religião interfere na eficácia da norma jurídica, causando o seu descumprimento na sociedade atual e provocando o consumismo. Procura-se mostrar, inicialmente, o histórico da relação do Direito com a Religião e sua evolução a partir do consumismo também previstos na Bíblia, como idolatria. Posteriormente, levanta-se a questão do declínio da religião e o conflito na pós-modernidade na valoração destes fatos jurídicos, entre as normas jurídicas e religiosas e as demais normas sociais, decorrente da crise ética em que o certo e o errado são palpite de cada um, em uma flexibilização de valores em que as liberdades de pensamento, informação e garantias constitucionais (art. 5º, IV, IX e XIV, CF/88) provocam conflito da norma jurídica com as demais regras de comportamento social, como a moral, a ética e a cul-

tura, na valoração e escolha de como viver. Tal conflito de normas inibe a eficácia da norma consumerista do Direito, para as práticas da compra por impulso.

Palavras-chave: Direito. Religião. Consumismo. Interdisciplinaridade.

## ABSTRACT

The aim of this article is to analyze the limits of law in consumer protection to advertising that stimulates consumerism of impulse buying, seeking to understand, from the interdisciplinarity with economics, philosophy, psychoanalysis and theology, with the decline of religion interferes in the effectiveness of legal norm, causing its non-compliance in today's society and provoking consumerism. Initially, we seek to show the history of the relationship between law and religion and its evolution from consumerism also foreseen in the Bible, as idolatry. Subsequently, the issue of the decline of religion and the postmodern conflict in the valuation of these legal facts, between legal and religious norms and other social norms, arises from the ethical crisis in which right and wrong are a hunch. each, in a flexibility of values in which the freedoms of thought, information and constitutional guarantees (articles 5, IV, IX and XIV, CF / 88) cause conflict of the legal norm with the other rules of social behavior, such as morals, ethics and culture, in valuing and choosing how to live. Such a conflict of norms inhibits the effectiveness of the consumptive rule of law for impulse buying practices.

Keywords: Law. Religion. Consumerism. Interdisciplinarity.

## Introdução

O homem, ao nascer em uma sociedade, submete-se a um processo civilizatório que regula, através de diversas regras de conduta, seu comportamento externo, nas suas interações com o mundo e o outro, assim como na maneira de satisfazer seus desejos e necessidades.

No fenômeno da normatividade que ocorre no processo civilizatório, as paixões, os interesses e os instintos humanos são barrados pelas regras de conduta religiosas, morais, jurídicas e sociais, que regulam a vida social, permitindo a estabilidade da

sociedade e das suas instituições, conforme as lições de Bobbio (2014, p. 26):

o fenômeno da normatividade nos aparecerá de modo não menos impressionante e ainda mais merecedor da nossa reflexão. A história pode ser imaginada como uma imensa corrente fluvial represada: as barragens são as regras de conduta, religiosas, morais, jurídicas, sociais, que detiveram a corrente das paixões, dos interesses, dos instintos, dentro de certos limites, e que permitiram a formação daquelas sociedades estáveis, com as suas instituições e com os seus ordenamentos, que chamamos de “civilização”.

As regras de condutas religiosas também são uma forma de controle social que guardam relação com o descumprimento das normas de Direito, pois condicionam a conduta moral do cidadão pelo temor das sanções divinas e jurídicas, estabelecendo-se maneiras de como viver, evitando que o homem pratique atos contra a Lei e a palavra de Deus.

No momento do consumo em que o sujeito decide a prática ou não das compras, a forma de viver estabelecida pela religião influencia a eficácia das normas jurídicas de proteção ao consumidor, dentre outras do Código de Defesa do Consumidor.

A partir da relação entre o declínio da religião e a eficácia da norma jurídica, é possível estabelecer, quanto à prática do consumismo, indagações quanto às causas que levaram à escolha deste comportamento de compra excessiva e sem necessidade, lugar do conflito psíquico em que atuam as forças do Id, Ego e Superego, de acordo com o pensamento freudiano.

Após o Iluminismo, houve um declínio da religião na determinação de regras de como viver através do dever de obediência à Lei Divina, como palavra de Deus expressa na Bíblia, interferindo na eficácia das normas consumeristas que tutelam o consumidor, ensejando o fenômeno da idolatria do consumismo como um ideal de felicidade, estimulado pela propaganda dos meios de comunicação.

Na sociedade atual, chamada de pós-moderna, os valores religiosos e jurídicos, tutelados pelas normas jurídicas e religiosas, são questionados e têm interferência dos meios de comunicação que não sofrem qualquer censura, frente à garantia constitucional da liberdade de comunicação (art. 220 CF/88) que envolve a liberdade de manifestação do pensamento, de expres-

são e de informação ( art. 5º, IV, IX e XIV, CF/88, respectivamente), e provocam conflito da norma jurídica com as demais regras de comportamento social, como a moral, a ética e a cultura, na valoração e escolha de como viver.

Instrumentos das liberdades constitucionais citadas, os meios de comunicação, baseados em valores do sistema capitalista, estimulam a busca imediata de prazeres que levam à idolatria do consumismo, que contraria a norma jurídica e religiosa, ocorrendo descumprimento destas.

Tal fato causa uma divergência entre o que prescrevem as normas jurídicas e as regras de condutas religiosas, morais e éticas, quanto ao comportamento do cidadão e ao descumprimento dos seus deveres.

Portanto, há um descompasso entre os valores insculpidos na norma jurídica e religiosa e a realidade vivida pelas pessoas em seu cotidiano, que comprometem a eficácia da norma jurídica, levando à problematização do direito, o qual é o objeto de reflexão deste trabalho.

## **1 Filosofia e a problematização do direito: eficácia da norma**

O objetivo da filosofia do direito é problematizar, segundo Cretella Junior (2007, p.4), “Problematizar o Direito” – eis o objetivo da filosofia do Direito.

Neste passo, a filosofia do direito, conforme Bobbio (2014, p.53), sempre se ocupou dos três problemas fundamentais da norma jurídica, que são a justiça, a validade e a eficácia:

Pode-se inclusive sustentar que os três problemas fundamentais, de que tradicionalmente se ocupa e sempre se ocupou a filosofia do direito, coincidem com as três qualificações normativas da justiça, da validade e da eficácia.

A reflexão em estudo é exatamente quanto à eficácia da norma jurídica, ou seja, quanto à aplicação da lei de proteção ao consumidor e sua relação com a religião, que envolve o comportamento do homem em sociedade e dos seus interesses contratantes, de acordo com Bobbio (2014, p. 53):

O problema da eficácia nos leva ao terreno da aplicação das normas jurídicas, que é o terreno dos comportamentos efetivos dos homens que vivem em sociedade, dos seus interesses



contrastantes, das ações e as reações frente à autoridade, dando lugar às investigações em torno da vida do direito.

Destarte, como a eficácia é terreno dos comportamentos efetivos dos homens que vivem em sociedade, a matéria em questão envolve, além do direito, os campos da economia, filosofia, psicologia e teologia

Na compreensão dos limites do Direito, utiliza-se uma abordagem interdisciplinar (filosofia, economia, psicologia e teologia), visando a entender como o declínio da religião na pós-modernidade, alterando a subjetividade do cidadão, interfere na eficácia da norma jurídica que exerce controle social, dentro do fenômeno da normatividade, ensejando seu descumprimento e o conseqüente aumento do consumo como ideal de felicidade, que gera o fenômeno do consumismo como idolatria.

Diante do quadro apresentado, o presente trabalho, como a seguir demonstrado, reflete sobre o FATO (consumo) ao VALOR (como ideal de felicidade, que sofre conflito com outras normas sociais na pós-modernidade), que culmina com o estudo da eficácia da norma consumerista, de acordo com a teoria tridimensional de Miguel Reale (1994, p.120), a qual visa disciplinar a relação jurídica em questão, cujo vínculo jurídico são normas de proteção ao consumidor:

O Direito é sempre fato, valor e norma, para quem quer que o estude, havendo apenas variação no ângulo ou prisma de pesquisa. A diferença é, pois, de ordem metodológica, segundo o alvo que se tenha em vista atingir. E o que com acume Aristóteles chamava de "diferença específica", de tal modo que o discurso do jurista vai do fato ao valor e culmina na norma; o discurso do sociólogo vai da norma para o valor e culmina no fato; e, finalmente, nós podemos ir do fato à norma, culminando no valor, que é sempre uma modalidade do valor do justo, objeto próprio da Filosofia do Direito. (destacamos)

Para tanto, esta investigação parte da reflexão sobre a história da relação do Direito com a Religião e sua evolução, que culminaram com o conflito com outras normas sociais e a crise ética na pós-modernidade, decorrente do declínio da religião, identificando o surgimento do consumismo como fato social.

Justificando a necessidade da interdisciplinaridade do Direito com a Psicologia na explicação dos resultados desta crise ética, mostra a relação do declínio da religião e o descumprimento da norma de proteção ao consumidor.

## **2 Direito e religião – fatos e valores jurídicos e religiosos**

### **2.1 Histórico da relação do Direito com a Religião**

Refletir sobre o direito e a religião é refletir sobre a natureza humana e a vida em sociedade.

O ser humano, desde o nascimento, pertence a alguns grupos, tais como a Igreja e o Estado, os quais, através de normas disciplinadoras como a Bíblia e a norma jurídica, estipulam direitos e deveres, visando a atingir uma finalidade, conforme leciona Diniz (2008, p.121):

Com efeito, desde o nascimento o ser humano pertence a alguns grupos, como família, comunidade local, classe, nação, Igreja, escola, clube, empresa, sindicatos, etc. E em todos os grupos há normas disciplinadoras do comportamento dos seus membros. Hauriu já nos ensinava que cada instituição se constitui com uma finalidade própria que visa atingir. Em torno desse fim e no âmbito respectivo, cada uma regula sua vida, fixando normas de coexistência.

Dentre as normas disciplinadoras que regulam o comportamento dos grupos sociais, encontram-se a religião, a moral, a ética, a cultura e o direito, definido por Miguel Reale (2006, p.62) como “a ordenação das relações de convivência”.

Na instituição da religião e do direito, há, portanto, normas disciplinadoras, em um claro controle social, pois influenciam o comportamento das pessoas, de acordo com Sabadell (2000, p.113), “tudo aquilo que influencia o comportamento dos membros da sociedade poder ser entendido como controle social”.

No entanto, tais normas que ordenam as relações de convivência, através do Direito e da Religião, sofreram evolução social ao longo da história, pois passaram a ser vistas separadamente, como a seguir demonstrado.

## 2.2 Evolução histórica e social da relação do Direito com a Religião

Influenciando o comportamento dos seus membros através de normas disciplinadoras dentro dos grupos, a relação do direito com a religião sofreu evolução ao longo da história.

A religião e o Direito na Grécia não eram vistos separadamente, pois somente em Roma, o Direito passou a ser considerado forma independente da Ética, nos termos da lição de Picanço (2009, p. 66):

Na cultura grega, não havia distinção entre Política, Moral e Direito, os quais formavam uma unidade que o grego entendia como Ética, aspectos de uma mesma totalidade. Não podemos esquecer que o Novo Testamento foi escrito em grego e aramaico, uma variação do grego. É em Roma que se encontra uma técnica de distinção acabada entre Direito, Religião, Política e Moral. Claro que a Ética não é desprezada para a compreensão do Direito. A Ética continua sendo o conteúdo do Direito mas o romano desenvolve a técnica pela qual o Direito passa a ser considerado forma independente da Ética.

No entanto, com o surgimento do Cristianismo, a Bíblia, fonte da palavra de Deus, revela a Aliança entre Deus e os homens, expressando valores e relacionando como pecado condutas a seguir indicadas, de adoração a outros deuses e ídolos, que se encontram no Código de Defesa do Consumidor, como o FATO JURÍDICO do consumo.

Como os deuses do passado tinham faces diferentes dos de hoje, o consumismo é um dos deuses e ídolos de hoje, que João diz para guardar-nos, apresentando-se, através dos meios de comunicação, como um ideal de vida, de acordo com as seguintes lições de Azevedo (2016, p. 6.212):

Os deuses do passado tinham faces diferentes dos de hoje. Um dos deuses de hoje se chama consumismo.

É no consumismo que a comparação encontra terreno propício para dominar. Então, deixamos de ser cidadãos para nos tornarmos consumidores.

O consumismo precisa de nós, mas dá um jeito de nos convencer que precisamos dele. Suas pro-

fecias estão nos meios de comunicação e sabemos em geral que os anúncios são anúncios. O consumismo exerce seu controle por meio dos olhares do grupo de que fazemos parte (ou queremos fazer parte); só lhe pertencemos se consumimos o que ele consome. O consumismo não é o consumo, mas uma ideologia. Consumir não é satisfazer uma necessidade. O consumismo se satisfaz em si mesmo. O consumismo já é o ideal. O consumismo se vende como um projeto de vida.

Ocorre que o Iluminismo teve impacto na fé cristã e na própria teologia moderna. Considerando a ciência como salvadora de todos os males humanos, afastou a influência das Escrituras na subjetividade das pessoas, conforme as lições de Oliveira (2010, p.72/73) e, destarte, na sua orientação moral que dita o certo e o errado, através da religião, interferindo na eficácia da norma jurídica consumista, que busca proteger o consumidor da compra por impulso estimulado pelos meios de comunicação e do consumismo como um ideal de vida e uma idolatria que, na Bíblia, 1 João 5:21 aconselha que devemos guardar-nos:

O Cientismo. A Ciência é considerada capaz de dar respostas sólidas a todas as perguntas do homem moderno. A Escritura deve ceder lugar à ciência. O Iluminismo foi o produto de uma revolução na ciência que marcou um distanciamento radical da visão do mundo da Idade Média. Para esse novo pensamento, foi de grande importância uma mudança na Cosmovisão, (...)

Para a mentalidade do iluminismo (...) onde as antigas Escrituras entram em conflito com a ciência moderna, (...) - então a Escritura deve ceder lugar à ciência. Sempre que a Escritura retrata o universo de modo contrário ao conceito mundial do cientismo ou descreve eventos que são sobrenaturais, o homem moderno deve escolher a ciência em preferência à Escritura.

Surgiu então a ideia de que a religião estivera sempre errada e, a ciência teria condições de encontrar solução para todos os problemas humanos. Dentro desta concepção, a inércia e a ignorância provindas de modo especial das Igrejas é que estariam obstruindo o avanço triunfante da

ciência tida como salvadora de todos os males humanos.

O Iluminismo, afastando a fé e o poder da religião como controle social juntamente com o Direito, colocou ênfase na moral e não no dogma, de acordo com as lições de Oliveira (2010, p. 74):

O Iluminismo colocou grande ênfase sobre a moralidade e não sobre o dogma, e declarou que os poderes do raciocínio humano podiam tanto descobrir a lei moral natural escrita dentro de cada pessoa quanto levar à obediência a essa lei.

Mencionado afastamento impactou o Direito Positivo e a evolução do Estado Brasileiro, através das Constituições do Brasil. A Constituição do Império de 1824 foi a única a estabelecer uma religião oficial para o Brasil. A Constituição de 1891 assegurava a liberdade de crença. As Constituições de 1937 e de 1946 não alteraram a questão religiosa. A Constituição de 1988 consagrou que o Estado Brasileiro é laico, pois não adota nenhuma religião como oficial, embora o preâmbulo da Carta Magna faça referência a Deus.

Igualmente, o Iluminismo, ao colocar ênfase na moral e autonomia do homem, acreditando em sua racionalidade, afasta o comando da norma religiosa das Escrituras como raiz do Direito, evidenciando os limites da eficácia da norma jurídica.

Ocorre que, com o afastamento da religião como raiz do Direito, os bens tutelados pela norma jurídica passaram a ser regrados por outras normas sociais (morais e éticas), as quais também sofreram evolução social, gerando uma discrepância no cumprimento do comando legal, assim como no efeito da sanção pelo seu descumprimento, decorrente do conflito de valores quanto aos fatos jurídicos e religiosos que sofrem controle social.

Destarte, a evolução das normas sociais (morais, éticas e religiosas), além do direito, ao estabelecer diferentes valores jurídicos e religiosos para o fato jurídico do consumo, provocou:

a) um conflito do Direito com outras normas sociais na pós-modernidade;

b) uma evolução no Direito do consumidor, diante:

- do contexto em que ocorre a compra por impulso, a partir do relato sobre a história do fato social do consumo e da origem e finalidade do consumismo como motor da economia;

- das estratégias da obsolescência programada e da publicidade para promover a compra sem necessidade do consumidor, nos meios de comunicação.

### **3 Valor jurídico e religioso. Conflito com outras normas sociais na pós-modernidade. Influência da liberdade de informação e do pensamento**

No século XX, ocorreram profundas mudanças na sociedade humana, que recebeu vários adjetivos, tais como: sociedade pós-moderna, sociedade pós-capitalista, sociedade da informação ou modernidade líquida.

Há uma evidente crise ética (no sentido de como viver), fruto de um novo olhar do homem sobre si mesmo, em uma evidente liquidez e superficialidade de suas relações, chamada por Bauman (2001) de modernidade líquida, ao contrário da modernidade sólida, do período anterior.

Na sociedade pós-moderna ou modernidade líquida, segundo Bauman, a emancipação propicia ao indivíduo ter mais possibilidades de agir conforme seus pensamentos, com maiores possibilidades de realização dos desejos, ao contrário de uma modernidade sólida.

Enquanto na Idade Média, com forte influência da religião, os modelos éticos eram rígidos sobre o certo e o errado, na sociedade moderna líquida há uma pluralidade de éticas que confrontam o comando legal e religioso, pois as pessoas foram libertadas de suas velhas gaiolas pelos poderes de derretimento da modernidade, tendo várias escolhas possíveis na sua maneira como viver.

Barros (2005, p. 47) leciona que esta fragmentação de um sentido e múltiplos caminhos a serem seguidos, em uma pluralidade que gera o esvaziamento de valores até então instituídos pela cultura, propicia uma falência, neste caso, das Leis de Proteção ao Consumidor, em especial, do Código de Defesa do Consumidor, como uma estrada em direção ao bem, reforçada pela religião que se acautela da idolatria do consumismo:

Os tempos de hoje se caracterizam pela fragmentação de um sentido, por múltiplas direções ordenando o caminho para os homens, vias plúrais: diversas teorias sobre o comportamento produzem uma pluralidade de conhecimentos e conceitos causando o esvaziamento dos valores até

então instituídos na cultura. O homem já não partilha de um consenso sobre uma orientação que lhe indique a estrada em direção ao bem. Esse fenômeno de fragmentação se expande por todo o planeta globalizado. Basta olharmos as manchetes de jornais para nos depararmos com a expressão de uma falência na eficácia de certos valores morais publicamente estabelecidos, manifesta tanto no cotidiano, por meio de comportamentos individuais, quanto na vida política, econômica e social. Há quem diga de uma certa falência do pai, do nome e da lei. Falha a crença numa ordem que promova em volta de si uma unidade. Hoje lidamos com a pluralidade em todos os campos.

Igualmente, sobre a crise de valores e ausência de paradigmas, assim ensina Oliveira (2018, p. 19):

É inquestionável o fato de que, na atual quadra do século XXI, experimenta-se a fase de maior incerteza no que tange ao futuro da Humanidade. Vive-se na denominada Pós-Modernidade, sua característica marcante é justamente a ausência de paradigmas, e por consequência, a crise de valores que atinge o homem moderno.

Tal derretimento da modernidade ocasiona, em um claro conflito entre os valores jurídicos e religiosos com as demais normas sociais, o esvaziamento dos valores instituídos pela cultura e tutelados pela Constituição e pelas demais normas jurídicas que protegem o consumidor e, destarte, sobre o cumprimento dos deveres estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor.

Esta situação coincide com o declínio da religião que leva ao materialismo e ao surgimento do consumismo como uma idolatria alimentada pela mídia capitalista que leva a um ideal de vida que gera sentimento de vazio e solidão, conforme assevera Libânio (2007, p. 36):

No lado avançado da modernidade liberal, a solidão veste-se do insaciável individualismo consumista. Quanto mais o cidadão da modernidade mergulha no oceano de seus interesses egoísticos, no afã inesgotável de buscar-se só a si mesmo, tanto mais o persegue a tristeza solitária de seu eu vazio.(...)

Nesse momento, brotam histórias do consolo. Algumas superficiais, mentirosas, enganadoras, alienantes. Nisso a mídia capitalista se especializou. A Teologia sente a vocação de contar as mais belas histórias de conforto e consolo, hauridas na Palavra de Deus.

Estas múltiplas maneiras de viver expandem-se no mundo globalizado, através da publicidade nos meios de comunicação, incluindo as mídias sociais que geram grande impacto nas relações de consumo e estimulam o consumismo como idolatria, aliada às garantias constitucionais da liberdade de comunicação (art. 220 CF/88) e das liberdades de manifestação do pensamento, de expressão e de informação (art. 5º, IV, IX e XIV, CF/88, respectivamente).

Nestes termos, a mídia reflete o momento da pós-modernidade narrado por Bauman, ao apresentar novas formas de viver, através de mensagens manipuladas a favor de valores do capitalismo, os quais contrariam valores religiosos, ao contrário do que é divulgado, conforme assevera Enzensberger (2003, p. 35-36):

Não existem escritos, filmagens e exibição não manipuladas. Dessa forma, a questão não é se as mídias são manipuladas ou não, mas quem as manipula.

Logo, frente a este contexto, diante do FATO JURÍDICO e RELIGIOSO, afigura-se um claro conflito de normas sociais em que, se, por um lado, tem o homem como consumidor, direitos que a legislação e a Constituição Federal procuram proteger, inclusive com sanções caso desobedecidos, por outro lado, mudanças na sociedade, neste tempo atual de pós-modernidade, em que as relações são líquidas e as pessoas descartáveis indicam uma maior liberação dos desejos e outra valoração dos fatos jurídicos e pecaminosos (consumismo como idolatria e ideal de vida), em um descompasso com a vontade das normas jurídicas e religiosas.

Diante deste quadro conflituoso que repercute no consumismo como uma idolatria e em uma clara ineficácia da norma consumeirista, constata-se que os meios de comunicação estimulam na subjetividade do cidadão valores que pregam o consumismo e não a valorização do ser, não promovendo uma sociedade livre, justa e solidária, nos termos do art. 3º, inciso I



da CF/88, com vistas a materializar o princípio da Fraternidade, de acordo com as lições de Cury (2013, p. 60), mas sim um materialismo desenfreado e um individualismo exacerbado.

A Constituição Federal de 1988 é paradigmática ao afirmar que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito (Estado de Direito e de Justiça Social) que tem por objetivo construir uma sociedade livre, justa e solidária. É dizer: além de se organizar juridicamente como Estado de Direito, do ponto de vista formal e material, o Brasil adotou no regime político o princípio democrático, que, nos termos da Constituição, tem a obrigação de materializar, dentre outros princípios, a fraternidade. Dessa assertiva, infere-se uma multiplicidade de valores que devem ser irradiados sobre o ordenamento jurídico brasileiro, como soberania popular, participação do povo no poder, justiça social e distributiva, fraternidade, igualdade substancial, etc.

Logo, torna-se necessária a discussão dos aspectos morais e religiosos na explicação dos fatos jurídicos e referentes à eficácia da norma jurídica, com finalidade heurística de descobrir algo novo.

Há diversas causas e circunstâncias morais e religiosas, em que o Direito, através do fenômeno da normatização, não basta para reprimir a prática e o estímulo do consumismo:

- quer pelo declínio da religião, cujos valores também contidos no Direito do Consumidor conflitam com os valores de outras normas sociais, estabelecidas nos meios de comunicação;

- quer pelo conflito de normas sociais e suas respectivas sanções, decorrente dos questionamentos na pós-modernidade e das várias maneiras de como viver;

- quer pela influência da sociedade pós-moderna marcada por uma crise ética, em que o certo e o errado são palpites de cada um, em uma flexibilização de valores e aceitação possível deste fato jurídico para a felicidade do indivíduo;

- quer pelas liberdades de pensamento e informação, garantias constitucionais que provocaram conflito da norma jurídica com as demais regras de comportamento social, como a moral, a ética e a cultura, na valoração e aprovação de uma exacerbção do consumo (consumismo que se afigura como idolatria).

O Iluminismo, repita-se, ao colocar ênfase na moral e autonomia do homem, acreditando em sua racionalidade, afastou comando da norma religiosa das Escrituras (*in casu* 1João 5:21 assevera “Filhinhos, guardai-vos dos ídolos. Amém”.), como raiz do Direito, evidenciando os limites da eficácia da norma jurídica consumista, que busca proteger o homem como consumidor.

No entanto, ao contrário do Iluminismo, como a seguir demonstrado pela psicologia, a racionalidade é vazia de sentido, pois o homem não é um ser racional, conforme exposto pela Psicanálise, mas, sim, guiado por instintos, e o declínio da religião, assim como os meios de comunicação interferem na subjetividade da pessoa no momento da compra por impulso.

Para tanto, a partir da interdisciplinaridade entre o Direito e a Psicologia na explicação deste fato jurídico, é possível estabelecer como as normas religiosas na visão do homem da Psicoanálise influenciam a subjetividade da pessoa na prática do fato jurídico do consumo.

Em especial, dentro do contexto em que ocorre a compra por impulso, a partir do relato sobre a história social do consumo e da origem e finalidade do consumismo como motor da economia, bem como das estratégias da obsolescência programada e da publicidade para promover a compra sem necessidade do consumidor, nos meios de comunicação.

#### **4 A interdisciplinaridade do Direito do Consumidor com a psicologia na explicação dos fatos jurídicos**

As várias formas de viver da modernidade líquida, o declínio da religião e o consumismo estimulado nos meios de comunicação influenciam a subjetividade do cidadão, gerando conflito de valores entre o Direito e a Religião com as demais normas sociais (morais e éticas).

O declínio da Religião, pela influência no efeito repressor da sanção civil e pela sanção religiosa decorrente do pecado, quando da avaliação por parte do consumidor, na compra por impulso, em que o consumismo é um dos deuses e ídolos de hoje, que João diz para guardar-nos e que se apresentando, através dos meios de comunicação, como um ideal de vida.

Há relação entre o declínio da religião decorrente do Iluminismo e o surgimento da consumismo explicada em nível psicológico, pois, de acordo com Vihena (2018, p. 05), a felicidade em consumir realiza um estado de graça salvífica, em que o

ego satisfeito será como Deus, em que a religião, as leis, ou mesmo a ética não expulsaram o consumidor deste paraíso.

Na cultura de consumo, parece estar mais próxima a revolução dos desejos insatisfeitos que a das necessidades negadas dos famintos e dos pobres. A felicidade do consumo instaura um estado de graça salvífica e atual, que dispensa pensar em qualquer coisa que esteja fora do ciclo incessante do consumo-satisfação-insatisfação-consumo.. E já não haverá paraísos a serem buscados pela humanidade, uma vez que a felicidade habita dentro de cada eu satisfeito e se renova incessantemente nos novos produtos oferecidos a cada dia e, de fato, mais eficientes, verdadeiros e belos. Fora do paraíso imanente instaurado pelo desejo satisfeito através do consumo não haverá felicidade e salvação. O humano a ser buscado confina-se cada vez mais nos egos satisfeitos, em que repete a máxima: “satisfaça seu desejo e serás como Deus”.

Quem nos expulsará deste paraíso de delícias? Quem nos negará a possibilidade de sermos salvos da insatisfação para gozarmos da felicidade que só o consumo pode propiciar? As religiões? A ética? As leis?...

A reflexão dos limites do Direito perpassa uma necessidade de compreensão do comportamento humano e de suas relações, a demonstrar os motivos que levam o homem à compra por impulso e do fenômeno do consumismo, que, além de fato social, é também jurídico, econômico e psicológico.

Enquanto o Direito refere-se ao dever-ser, através da normatização que regula as leis do convívio, a psicologia refere-se ao Ser, como ele é, na busca da compreensão dos comportamentos, conforme leciona SORDI (2007, p. 293):

O direito e a psicologia são ciências que, em última análise, têm o mesmo objeto de estudo, qual seja: o Homem e as relações humanas. Enquanto o direito se ocupa com a normatização dos comportamentos humanos que fazem parte das relações sociais, tratando de regulamentar as leis do convívio, a psicologia busca uma compreensão da inter-relação de fatores etiológicos, biológicos, sócio-econômicos e culturais, entre

outros, determinantes dos comportamentos chamados patológicos.

O Direito, dentro do fenômeno da normatização que regula as leis de convívio e barra os instintos e as paixões, é repressora de comportamentos que comprometem a sociedade, opondo-se à satisfação das paixões e à conseqüente felicidade, onde tudo se passa segundo o desejo e a vontade do ente racional (Kant, 2003, p. 443).

O Direito do Consumidor é um instrumento de controle social e proteção ao consumidor, através da ameaça de sanção, embora existam outras formas de sanção, como o controle ético, em que se inclui a religião.

Assim como o Direito, a Religião é também um modo de controle social que interfere na subjetividade do sujeito e apresenta outras formas de sanção, dentro de um controle ético, existindo relação de causalidade entre o declínio da religião que leva ao materialismo e ao surgimento do consumismo provocado pela propaganda.

Na normatização dos comportamentos humanos, o Direito do Consumidor não sabe o que acontece na intersubjetividade do sujeito de direito, em seu plano psicológico, justificando-se a psicologia na explicação desta relação ao demonstrar a influência do declínio da religião, com a conseqüente sanção divina decorrente do pecado, no momento da compra por impulso e do conseqüente surgimento do consumismo provocado pela propaganda.

Essa ameaça de sanção divina interfere na eficácia das normas de controle social, *in casu*, do direito do consumidor, se necessária e suficiente para a reprovação e prevenção da idolatria do consumismo, ou seja, para a inibição do comportamento da compra por impulso, com receio da punição divina, nos termos do contido na Bíblia.

Na fase de cogitação da compra por impulso que realiza o fato jurídico, para aferir a eficácia da norma jurídica consumeirista, há necessidade de uma reflexão, também, das outras formas de sanção e do respectivo controle ético, em que se destaca a religião.

Para tanto, é necessário estabelecer uma relação de causalidade entre o momento da compra por impulso que enseja a idolatria do consumo (leia-se consumismo) e o declínio da religião, dentro do contexto da sociedade pós-moderna, marcada por uma crise ética, em que o certo e o errado são palpites de

cada um, cujos valores também contidos no Direito do Consumidor conflitam com os valores de outras normas sociais, estabelecidas nos meios de comunicação e em suas respectivas sanções, assim como pelas liberdades de pensamento e informação, garantias constitucionais (art. 5º, IV, IX e XIV, CF/88, respectivamente).

## 5 O momento da compra por impulso e o aspecto volitivo

Freud destaca no homem um desejo inconsciente que busca um objeto (a fantasia de completude perdida e mítico), circula no vazio frente a uma perda indicada por objeto “a” em Lacan ou “Das Ding” em Freud, a qual será suprida com a compra por impulso, fruto da idolatria do consumismo, na pós-modernidade, que coincide com o declínio da religião e a respectiva sanção divina, como a seguir demonstrado.

Pela análise do fato jurídico e psíquico da prática da compra por impulso que leva ao consumismo e não à relação jurídica do consumo conceituado pelo Direito, buscando sua compreensão pela Psicanálise, a partir do conceito de homem freudiano e dos processos psíquicos que determinam seu comportamento, pergunta-se:

O que aconteceu em nível psicológico para o sujeito praticar a compra por impulso? Quais foram as causas deste ato?

Em que momento ele decidiu sua prática e faltou repressão necessária?

Como o declínio da religião e os meios de comunicação na pós-modernidade influenciaram esta escolha?

Logo, é necessário compreender os motivos da compra por impulso e, destarte, do consumismo, para, posteriormente, entender a eficácia da norma consumerista com o declínio da religião, à luz da psicanálise no capitalismo.

Para isso, é necessário identificar:

- o surgimento do consumismo como fato social, analisando-se, contextualmente, o lugar e o tempo em que ocorreram suas práticas;

- o consumo como fato jurídico protegido pelo Código de Defesa do Consumidor.

Afinal, o Direito e a Psicanálise atuam em momentos distintos do comportamento humano. O Direito em seus atos externos e a Psicanálise analisa os impulsos que antecederam esse comportamento e o funcionamento da vida psíquica, procurando determinar-lhe sua origem e causas.

## 6 Surgimento do consumismo no capitalismo e o consumo como fato jurídico protegido pelo Código de Defesa do Consumidor

O consumo é um fato social próprio da existência humana, na satisfação de suas necessidades, através do qual os cidadãos consumidores adquirem bens ou serviços realmente oferecidos no mercado, quando estão realmente precisando destes.

Por outro lado, no consumismo, não ocorre a real necessidade do bem ou serviço, ou seja, o consumidor, indiscriminadamente, adquire do fornecedor esses objetos, sem a real necessidade deste, o que leva à idolatria, que a Bíblia ensina que devemos evitar.

Tal fato é próprio das sociedades capitalistas, em que a compra é estimulada pela publicidade em rádios, televisões, jornais, revistas e outros meios de comunicação. Nesse caso, o consumidor acredita que a aquisição de determinados bens e serviços, direcionados pela publicidade, proporcionará ao mesmo bem-estar.

O consumo (e não o consumismo como exacerbação daquele), como fato social, foi juridicizado por norma jurídica, visando à proteção do consumidor, tendo o movimento consumerista, como hoje é conhecido, historicamente, surgido dos movimentos sociais dos trabalhadores, decorrentes da Revolução Industrial, conforme as seguintes lições de JOSÉ GERALDO BRITO FILOMENO:

“ ..., que o chamado movimento consumerista, tal qual nós conhecemos hoje, nasceu e se desenvolveu a partir da segunda metade do século XIX, nos Estados Unidos, ao mesmo tempo em que os movimentos sindicalistas lutavam por melhores condições de trabalho...”. (*Apud* Ada Pellegrini GRINOVER, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto, p. 55 ).

*In casu*, o consumo como fato social é também um fato regulado pelo direito, através do Código de Defesa do Consumidor. O consumidor adquire uma mercadoria para seu uso, ou seja, pressupõe uma necessidade a ser satisfeita pelo cidadão, que, segundo as lições de RIZATTO (2000, p. 106), é a parte fraca da relação jurídica de consumo, senão vejamos:

*“...o consumidor é a parte fraca da relação jurídica de consumo. Essa fraqueza, essa fragilidade, é real, concreta, e decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico. O primeiro está ligado aos meios de produção, cujo conhecimento é monopólio do fornecedor. E quando se fala em meios de produção não se está apenas referindo aos aspectos técnicos e administrativos para a fabricação de produtos e prestação de serviços que o fornecedor detém, mas também ao elemento fundamental da decisão: é o fornecedor que escolhe o que, quando e de que maneira produzir, de sorte que o consumidor está à mercê daquilo que é produzido”.*

Se o consumidor é a parte fraca, o fornecedor, que é a outra parte da relação jurídica de consumo e determina o que, quando e de que maneira serão produzidos os bens e produtos, encontra-se definido no artigo 3º do CDC.

Destarte, estabelecidas pelo CDC as partes da relação jurídica (consumidor - art. 2º e fornecedor - art. 3º) e seu objeto (produto e serviço - §1º do art.3º.), para compreender o fenômeno do consumismo e as limitações do mencionado Código, ora abordado, será necessário entender o comportamento do fornecedor, que visa estimular o consumismo, no comportamento do consumidor para a compra sem necessidade, visando suprir um vazio existencial referido por Freud, de um consumidor influenciado pelo declínio da religião, que, nos termos bíblicos, prega evitar a idolatria. Restam, portanto, as seguintes indagações:

O que é consumismo, quando e onde surgiu?

Se o fornecedor, na relação jurídica de consumo, determina o que, quando e de maneira serão produzidos os bens, como estimulará o consumismo do cidadão para suprir seu vazio existencial na pós-modernidade frente ao declínio da religião?

Quais meios o fornecedor utilizará para que o consumidor adquira a mercadoria produzida sem a real necessidade?

Quais são as limitações do Direito e do Código de Defesa do Consumidor na defesa do cidadão consumidor?

Tais indagações envolvem vários fatores e, para respondê-las, é necessário entender, inicialmente, o comportamento do fornecedor para promover o consumismo, através da utilização da propaganda nos meios de comunicação que compromete a

liberdade psicológica do consumidor, não tendo o CDC dispositivos que impeçam esta ação, como a seguir demonstrado.

## **7 A dinâmica da relação de consumo e o estímulo à compra por impulso através da propaganda dos meios de comunicação**

Para entender o consumismo, é necessário determinar o lugar onde acontece a relação jurídica de consumo e quando começou a ocorrer mencionado fenômeno, seu ambiente econômico e jurídico, visando compreender suas diferentes causas e os comportamentos do fornecedor na sua liberdade econômica e do consumidor em sua liberdade psicológica.

O consumo como hoje é conhecido, historicamente, remonta à Revolução Industrial, em que, em uma economia capitalista, os donos dos meios de produção passaram a produzir mercadorias em grande quantidade, devido ao uso das máquinas antes inexistentes e tinham que vendê-las aos consumidores. Tal movimento será chamado de Indústria Cultural, movimento que, baseado na propaganda, principalmente televisiva, estimulará o consumo no sistema capitalista.

O lugar em que ocorre este consumismo é em uma sociedade que adota o modo de produção capitalista, cuja Lei Maior, de um lado, protege a atividade da livre iniciativa do fornecedor (art.1º.,IV e caput do art. 170), parte da relação jurídica de consumo que objetiva o lucro, na venda de suas mercadorias e, de outro, protege o consumidor através do CDC.

Logo, neste ambiente econômico há conflito entre as partes da relação, pois o comportamento do fornecedor, no exercício de sua liberdade econômica, será maximizar seus lucros, estimulando as vendas dos seus produtos e serviços aos consumidores e interferindo em sua liberdade psicológica, pois estes deveriam apenas consumir para satisfazer suas reais necessidades, mas sujeitam-se aos apelos publicitários do consumismo.

O consumismo, que ocorre no sistema capitalista, iniciou-se, segundo estudiosos, a partir de 1920 e após a 2ª Guerra Mundial, com a criação da obsolescência programada, visando evitar o declínio da economia norte-americana.

Assim, tem-se a seguinte dinâmica do sistema capitalista: de um lado, os produtores que, exercendo atividade econômica, ofertavam um excedente de bens e serviços e, de outro, os consumidores que não tinham necessidade desses bens. O consumismo, como fenômeno de massa, foi um desdobramento



desta situação, em que as pessoas passaram a adquirir produtos no mercado sem necessidade, uma vez que havia uma produção excedente ofertada que deveria ser consumida. Os fornecedores, para promover o consumo das mercadorias produzidas, passaram a utilizar, dentre outras, as seguintes estratégias:

a) a obsolescência programada, visando ao descarte mais rápido dos produtos vendidos;

b) a utilização da propaganda, como ferramenta para induzir o comportamento dos consumidores em adquirir produtos sem necessidade e produzir felicidade, frente ao vazio existencial indicado por Freud, que não poderá ser suprido pela palavra de Deus, devido ao declínio da religião, em uma sociedade pós-moderna em que o certo e o errado são palpites de cada um.

### 7.1 Da obsolescência programada

Em 1925, citada estratégia, por exemplo, foi utilizada pelos fabricantes de lâmpadas, que fizeram um acordo em Gênova, na Itália, para reduzir a vida útil deste produto e tal prática continuou a ser empregada após a 2ª Guerra Mundial, visando evitar o declínio da economia norte-americana.

De acordo com Stevens (2011, p. 174), a obsolescência programada consiste em “instigar no comprador o desejo de possuir algo um pouco mais novo, um pouco melhor e um pouco mais rápido que o necessário”.

Miragem (2009) conceitua a obsolescência programada como “redução artificial da durabilidade de produtos ou do ciclo de vida de seus componentes, para que seja forçada a recompra prematura”. Nessa lógica capitalista, pautada pelo consumismo, os valores da sociedade induzem ao consumo exacerbado, na chamada obsolescência programada, base de lucro das vendas dos fornecedores que determinam o que, como e onde produzir.

Packard (1965, p. 24), na obra *A estratégia do desperdício*, leciona sobre este consumo exacerbado e os novos métodos de venda, de interesse dos detentores dos meios de produção, para manter o crescimento da economia:

Não eram mais suficientes os métodos antiquados de venda, baseados na oferta de produtos para atender a uma necessidade evidente de maneira direta. [...] Eram necessárias estratégias que transformassem grande número de ameri-

canos em consumidores vorazes, esbanjadores, compulsivos – e estratégias que fornecessem produtos capazes de assegurar tal desperdício. Mesmo onde não estava envolvido desperdício, eram necessárias estratégias adicionais que induzissem o público a consumir sempre em níveis mais altos.

Criticando a obsolescência programada, vale ser transcrito o seguinte trecho de decisão do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 984.106, julgado em 04/10/2012, da lavra do Ministro Luis Felipe Salomão. Nessa decisão, ao relatar que os produtores tornam os produtos menos duráveis, de forma proposital para que o consumidor promova novas aquisições, determinou que o fornecedor, baseado no Código de Defesa do Consumidor, repare o dano/bem, no caso, um trator, com defeito apresentado fora do prazo de garantia:

6.2. Ressalte-se, também, que desde a década de 20 - e hoje, mais do que nunca, em razão de uma sociedade massificada e consumista -, tem-se falado em *obsolescência programada*, consistente na redução artificial da durabilidade de produtos ou do ciclo de vida de seus componentes, para que seja forçada a recompra prematura.

Como se faz evidente, em se tratando de bens duráveis, a demanda por determinado produto está visceralmente relacionada com a quantidade desse mesmo produto já presente no mercado, adquirida no passado. Com efeito, a maior durabilidade de um bem impõe ao produtor que aguarde mais tempo para que seja realizada nova venda ao consumidor, de modo que, a certo prazo, o número total de vendas deve cair na proporção inversa em que a durabilidade do produto aumenta.

Nessas circunstâncias, é até intuitivo imaginar que haverá grande estímulo para que o produtor eleja estratégias aptas a que os consumidores se antecipem na compra de um novo produto, sobretudo em um ambiente em que a eficiência mercadológica não é ideal, dada a imperfeita concorrência e o abuso do poder econômico, e é exatamente esse o cenário propício para a chamada *obsolescência programada* (a propósito, confira-

se: CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat; RODRIGUES, Maria Madalena de Oliveira. *A obsolescência programada na perspectiva da prática abusiva e a tutela do consumidor*. in: *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*. vol. 1. Porto Alegre: Magister (fev./mar. 2005 e vol 42, dez./jan. 2012).

## 7.2 Da propaganda

Se, por um lado, os fornecedores, donos dos meios de produção, passaram a utilizar a obsolescência programada para diminuir a vida útil dos produtos, por outro, começaram a utilizar a propaganda como estímulo à compra pelos consumidores, interferindo na liberdade psicológica das pessoas.

A questão da propaganda guarda intrínseca relação com o objeto deste trabalho, pois repercutirá na liberdade psicológica do indivíduo e, destarte, na compra, devido ao consumismo, como forma de preenchimento do vazio existencial, estimulado pelos meios de comunicação, que teve início, historicamente, com o desenvolvimento do capitalismo, o excesso de oferta de bens e a obsolescência programada e psicológica.

Na obsolescência psicológica, de acordo com Packard (1965, p. 174), caberá aos meios de comunicação, através da propaganda, instigar no comprador este desejo de possuir, interferindo em sua liberdade psicológica:

A dificuldade no emprego dessa segunda forma de criação da obsolescência como uma estratégia está em convencer o público de que o estilo é um importante elemento na desejabilidade do produto. Uma vez aceita essa premissa, é possível criar a obsolescência na mente simplesmente mudando-se para outro estilo. Às vezes, essa obsolescência de desejabilidade é chamada "obsolescência psicológica".

Bauman (2008, p. 64) pontua que, em nível psicológico, deverá haver uma eterna insatisfação dos consumidores, sob pena de desaquecimento da economia, pois, "sem a repetida frustração dos desejos, a demanda de consumo logo se esgotaria e a economia voltada para o consumidor ficaria sem combustível". Ora, tal insatisfação deverá ser promovida pelos fornecedores dos produtos, os quais exercem atividade econômica, através da publicidade dos bens produzidos e ofertados aos consumidores,

destinatários desta propaganda, que, na pós-modernidade em que o certo e o errado são palpites de cada um, diante do declínio da religião, que prega o afastamento da idolatria do novo Deus que é o produto, objeto da relação jurídica de consumo (art. 3º CDC), será bombardeado de estímulos de um ideal de felicidade inexistente, provocando a compra por impulso.

Neste bombadeio de estímulos, o Instagram, por exemplo, virou uma forma rápida de ter acesso a inúmeros produtos. O “feed” é uma espécie de vitrine virtual, que possibilita a milhares de usuários buscarem e, facilmente, encontrarem o produto desejado, podendo analisar com detalhes por meio de fotos antes de comprá-los.

Neste afã de consumo, as pessoas compram por impulso em uma tentativa de pertencerem a padrões impostos pela propaganda virtual e capitalista.

### 7.2.1 Relação entre a propaganda e a compra por impulso

Para compreender a compra por impulso, é necessário entender a compra planejada, como sendo aquela em que o consumidor já sabe o que irá comprar, pois está precisando daquele produto.

O contrário é exatamente a não planejada, por impulso, objeto deste trabalho, em que, devido ao estímulo da propaganda, o consumidor adquire produto sem necessidade. O estudo sobre a compra por impulso é quando o cliente é influenciado pela propaganda, em especial, *merchandising*, como técnica de apresentação de produto ou serviço.

Blessa (2005, p. 7) conceitua *merchandising* como um “conjunto de técnicas responsáveis pela informação e apresentação destacada dos produtos na loja, de maneira tal que acelere sua rotatividade”.

A compra por impulso, portanto, é uma escolha rápida e não planejada, em virtude de um estímulo provocado no consumidor, no prazer da compra por desejo incontrolável (ideal de felicidade da idolatria), estudado pelo marketing, com forte apelo emocional e pouco controle do consumidor, haja vista que associa um produto e/ou uma marca a um sentimento de amor, proteção da mãe e outros, por exemplo, de forma subliminar.

No entanto, tais práticas, embora comprometam a liberdade psicológica do consumidor, não ferem o Código de Defesa do Consumidor, pois o que ocorre na propaganda é o despertar de um desejo, ou seja, marketing.

Logo, vê-se um comprometimento da liberdade psicológica do consumidor, pelo poder de persuasão que a propaganda desperta em sua mente, de um desejo e um incentivo ao consumo sem necessidade, ou seja, por impulso, e que o Código de Defesa do Consumidor não protege, havendo uma relação entre liberdade, propaganda e consumo, como a seguir demonstrado.

## **8 Relação entre Liberdade, Propaganda e Consumo**

O exercício da liberdade individual é um fenômeno próprio da sociedade moderna, que quebrou os valores tradicionais, inclusive os valores religiosos com o declínio da religião, em que as pessoas tinham comportamento predeterminado socialmente, em um movimento iniciado com a Revolução Industrial e o desenvolvimento do capitalismo, conforme relatado anteriormente.

Articulando a liberdade com o consumo, vê-se que ser livre é poder fazer escolhas sem a ideia de limitação, em que, segundo Berlin (1981), “sou tão mais livre e independente quanto menos empecilhos se colocam em meu caminho, de forma que se possa consumir bens e relações sem ou com poucos empecilhos”.

A propaganda sabe explorar a ideia de liberdade e o consumo de bens, pois, conforme visto, a obsolescência dos produtos é um estímulo a esta relação passageira com o que está sendo comprado/consumido, assim como uma forma de o homem, na modernidade, exteriorizar-se no mundo, ao contrário das antigas estruturas da Idade Média, com forte influência da religião, em que os modelos éticos eram rígidos sobre o certo e o errado.

Desse modo, o consumo pode ser analisado em dois aspectos que se inter-relacionam: de um lado, o consumo pela perspectiva da economia capitalista e da ordem econômica, que se utiliza da publicidade que promove o consumismo e a compra de bens supérfluos, e, de outro, do lado do consumidor, o qual deve ser protegido como parte fraca da relação de consumo.

## **9 Consumo pela perspectiva da economia - Propaganda pelo fornecedor**

Botton (2013, p. 83), em sua obra *Consolações da Filosofia*, assevera que há interesses dos fornecedores/empresários que atuam na iniciativa privada e visam ao lucro, em provocar este im-

pulso na compra dos seus produtos supérfluos, ao associá-los na publicidade, como solução plausível para as necessidades no plano psicológico do consumidor (opinião vã), desvalorizando, assim, o que não pode ser comprado, como amizade, reflexão e liberdade.

Por que, então, somos tão fortemente atraídos por coisas caras, se elas não podem nos trazer alegrias extraordinárias? Por causa de um erro semelhante ao do enfermo acometido de uma crise de enxaqueca que faz uma perfuração no crânio; por que objetos caros podem parecer soluções plausíveis para necessidades que não compreendemos. Os objetos imitam, em uma dimensão material aquilo que necessitamos no plano psicológico. Precisamos reorganizar nossa mente, mas somos seduzidos por prateleiras repletas de novidades. Mas não somos os únicos culpados de nossos equívocos. Nosso débil entendimento de nossas necessidades é agravado pelo que Epicuro denominou de “opiniões vãs” daqueles que nos cercam, que não refletem a hierarquia natural de nossas necessidades, enfatizando o luxo e a riqueza, raramente a amizade, a liberdade e a reflexão. A prevalência de uma opinião vã não é uma coincidência. Faz parte dos interesses do mundo dos negócios que essa hierarquia seja desvirtuada, para a promoção de uma visão material do bem e uma desvalorização do que não pode ser comprado.

A publicidade afeta o consumidor em sua liberdade psicológica, ao comprar por impulso produtos supérfluos, substituindo a satisfação das necessidades psicológicas por objetos (produtos e serviços) colocados no mercado para venda.

Os anunciantes dos produtos ou serviços são pessoas titulares de direitos fundamentais que atuam como agentes econômicos na livre iniciativa, tutelada como princípio fundamental no inciso IV do artigo 1º e *caput* da Lei Maior. No artigo 170 da CF/88, como princípio da atividade econômica, a livre iniciativa é também assegurada, juntamente com a livre concorrência e a defesa do consumidor.

Logo, como consequência destes direitos fundamentais, inclusive da liberdade de iniciativa econômica (livre iniciativa) no oferecimento de bens e serviços à sociedade visando ao lu-

cro, em um clima de livre concorrência, a pessoa jurídica, como agente econômico, tem direito de comunicar-se com seus potenciais clientes/consumidores através do direito de fazer propaganda, conceituada como, segundo Schewe (1982, p. 420), “a comunicação impessoal paga por um patrocinador e que usa a mídia de massa”.

Conforme Grau (1988, p. 226), “a faculdade de conquistar a clientela” é uma expressão da livre iniciativa e válida prática comercial, através da propaganda do produto ou serviço, dos meios de comunicação para pessoas indeterminadas, sendo um direito à informação e expressão.

Da Liberdade da publicidade decorre a Liberdade da iniciativa econômica e, dentro da ordem econômica própria do modo de produção capitalista, o anunciante de uma campanha publicitária/fornecedor visa ao lucro, como fundamento maior da livre iniciativa, conforme as seguintes lições de Casado (2014, p. 20):

A liberdade da publicidade decorre da liberdade da iniciativa econômica, diretamente. A liberdade de criação e informação, descrita no art. 220, da Constituição Federal, são um meio de realização do objetivo maior da livre iniciativa, o lucro. O fornecedor, ao encomendar uma campanha publicitária, pensa nela como o meio de vender o seu produto e não como um simples veículo de informação.

No entanto, a campanha publicitária não divulga produtos de primeira necessidade, mas, predominantemente, os chamados supérfluos, mais caros, que são vendidos devido ao impulso provocado pelo anúncio e não por necessidade do consumidor, criando, assim, desejos e formas de prazer em que objetos procuram preencher o vazio e a angústia existencial, com um veículo, uma casa nova, roupas novas e caras, como o novo Deus da modernidade que o apóstolo João prega que devemos nos guardar.

Além da causa econômica anteriormente exposta, das forças do capitalismo, há também uma razão jurídica, própria do Estado Liberal, para a não intervenção do Estado na liberdade econômica do fornecedor, que interfere na liberdade psicológica do cidadão.

O Estado, através da Norma Jurídica, estabelece regras que ficam no mundo do dever ser, enunciando o inciso II do artigo 5º, o Princípio da Legalidade, da Constituição Federal, de que

ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Esse Princípio da Legalidade limita o poder do Estado e propicia ao cidadão fazer tudo, menos o que a Lei proíbe, sendo esta, em sentido amplo, a única fonte de obrigações das pessoas.

Logo, os conflitos e as lides decorrentes das relações em sociedade serão resolvidos sob o império da Lei, como tipo de norma de caráter geral e abstrato emanada da autoridade competente que estabelece condutas desejadas, com possibilidade de sanção e imperatividade.

Dessa maneira, o direito, através deste Princípio da Legalidade, tem seu limite de atuação no comportamento do cidadão, neste caso o consumidor. Afinal, se alguém somente é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, em uma clara autonomia da vontade individual, o que não está proibido é juridicamente permitido, diante do conflito das diversas normas sociais.

Se, por um lado, o Direito procura proteger o consumidor evitando o consumismo, assim como a religião que prega o afastamento da idolatria do consumo, por outro lado, tem-se o cotidiano das pessoas, bombardeadas pelos meios de comunicação para o consumismo de bens que exteriorizam sua personalidade, em flagrante contradição.

Sobre o império da Lei, Celso Ribeiro Bastos (2002) ensina que “o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que ele não tutela, especificamente, um bem da vida, mas assegura, ao particular, a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por uma outra via que não seja a da lei”.

Há de se ressaltar o campo da Licidade. No Direito Público, como o Tributário, o Penal, os limites são definidos pela lei, enquanto no Direito Privado são definidos pela licitude. Ou seja, tudo que não é ilícito é permitido. Não precisa estar autorizado por lei ou por norma jurídica, basta não estar vedado, assim se define o campo da licitude, o qual está dentro do campo da legalidade, mas o transcende, como um círculo menor (legalidade) dentro de um círculo maior (licitude).

Não se pode imaginar o Direito Civil ter que prever todos os atos e atitudes das relações jurídicas do campo civil. É totalmente impossível. Daí a importância do campo da licitude, uma liberdade dentro do que é não é proibido.



Destarte, se qualquer ato que interfere na Liberdade, no caso jurídico da pessoa, apenas ocorre após autorização da lei (ADI 2.075-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 27/06/2003), o ordenamento jurídico também protegerá o consumidor da Publicidade através da mesma norma, via Código de Defesa do Consumidor.

No entanto, embora o Princípio da Legalidade disponha que somente a Lei interfere na Liberdade, o conteúdo deste comando legal obedece à ideologia libertária de que o Estado não deve se intrometer na maneira de viver e do bem-estar interior dos cidadãos e, no caso do objeto deste trabalho, na liberdade psicológica dos consumidores, conforme assevera Botton (2011, p. 55):

Uma suposição fundamental do pensamento político ocidental moderno é que devemos ser deixados em paz para viver como queremos, sem sermos importunados, sem temor de julgamento moral e sem estarmos sujeitos aos caprichos da autoridade. A liberdade tornou-se nossa virtude política suprema. Não se imagina que seja tarefa do Estado promover a maneira como devemos agir com o outro ou nos mandar a palestras sobre cavalheirismo e polidez. A política moderna tanto à direita como à esquerda, é dominada por algo que podemos chamar de uma ideologia libertária. (...) Por esse raciocínio, o Estado não deveria nutrir aspirações de mexer com o bem-estar interior ou os modos exteriores de seus integrantes. As imperfeições dos cidadãos estão além de comentários ou críticas.

Logo, se, por um lado, o Estado, com a ideologia libertária, não se intromete no bem-estar interior ou nos modos exteriores dos cidadãos e na sua liberdade psicológica, por outro lado, a liberdade de expressão, outra garantia constitucional, coloca seus integrantes sujeitos a várias maneiras de como viver, sujeitando-os à propaganda comercial, de acordo com as lições de Botton (2013, p. 236):

Independentemente do que as democracias modernas possam dizer a si mesmas sobre seu compromisso com a liberdade de expressão e com a diversidade de opiniões, os valores de uma sociedade corresponderão àqueles das organizações

que podem pagar por anúncios de trinta segundos durante os telejornais noturnos.

A citada liberdade de expressão, própria do Estado Democrático de Direito e sua ideologia libertária de não intervenção na vida privada do cidadão/consumidor, assim como dos meios de comunicação que levam anúncios nos telejornais na forma de propaganda, nos termos das lições de Botton anteriormente transcrita, encontra-se em vários artigos na Constituição Federal de 1988, destacando-se o art. 5º, IX, e vedação a qualquer censura no art. 220, § 2º.

Sendo assim, conclui-se que, embora o Estado Liberal assegure que, pelo princípio da legalidade, não há intervenção na maneira de viver do consumidor/cidadão, a propaganda interfere na liberdade psicológica dos consumidores, com maior influência do que os valores religiosos que designam que se deve guardar da idolatria do consumismo.

Destarte, tem-se que, do ponto de vista econômico, a atividade do fornecedor na livre iniciativa é garantida constitucionalmente, e seu comportamento de estimular o consumismo do cidadão não encontra oposição. Igualmente, em nível político, em nome da Liberdade Jurídica, o Estado Liberal tem como princípio não interferir no modo de viver do cidadão, e a Liberdade de Expressão garante a propaganda que estimula o consumismo, no caso em estudo, da compra por impulso, para substituir o vazio existencial indicado por Freud e não suprido pelos valores religiosos, com o declínio da religião na pós-modernidade.

Todavia, temos a levantar a seguinte questão: até que ponto o direito fundamental da livre iniciativa e o direito de liberdade de expressão passam a deixar o cidadão à mercê da instigação ao consumismo, que atinge a sua *psique*, não mais questão legal para se tornar questão econômica e psicológica, de aspecto doentio e que leva alguns a graves crises financeiras.

Ou seja, a propaganda, o estímulo ao consumo, a liberdade de expressão sem limites e a liberdade de mercado podem chegar ao ponto de se tornar um aspecto doentio. E nem a Constituição e nem o CDC têm mecanismos de proteção ao consumidor para protegê-lo ao estímulo ao consumo exagerado, à idolatria do consumismo, que pode estimular a economia, fazer crescer a indústria, o comércio, porém tem a questão psicológica que pode estar por trás disso, resultando em graves problemas de saúde.

Há previsão do direito de troca e do direito de arrependimento no comércio pela internet, que são mecanismos de defe-

sa contra maus fornecedores e até contra compras por impulso, mas que não chegam a proteger o consumidor que é levado ao consumismo, pois transcende a questão do direito e da economia, chegando ao nível de sua psique, a ser estudado e tratado pela Psicologia, sendo uma vontade incontrollável de consumir, justificando-se, assim, a necessidade da interdisciplinaridade desta questão.

À luz das causas econômicas e políticas, fica demonstrado que, através da propaganda divulgada nos meios de comunicação como liberdade de expressão, o fornecedor estimula o consumidor a realizar o fato jurídico do consumo, sem necessidade e por impulso, para suprir um vazio existencial, mostrando as limitações do Direito e, em especial, do Código de Defesa do Consumidor, que não tem dispositivos para regular esta publicidade do fornecedor.

Visando proteger o consumidor, parte fraca da relação jurídica de consumo, o artigo 6º da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor, relacionou os direitos básicos do consumidor, entre eles a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva (art. 6º, IV).

Observa-se que o inciso IV menciona a proteção contra a publicidade enganosa ou abusiva taxativamente proibidas, conceituada no art. 37, §§ 1º e 2º, que não se subsume no comportamento do consumidor em estudo, ou seja, a compra para suprir seu vazio existencial, estimulado pela propaganda, posto que a propaganda enganosa inclui informação parcial ou inteiramente falsa ou capaz de induzir em erro o consumidor; e abusiva a publicidade que induz o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança e se aproveita da deficiência de julgamento e experiência das pessoas, principalmente crianças.

Vê-se, portanto, que em momento algum citados dispositivos disciplinam, mesmo que de forma principiológica, sobre a propaganda que interfere na liberdade psicológica do consumidor e incita o consumismo, como aquisição de bens ou serviços de forma desregrada, a qual compromete a liberdade psicológica do cidadão, e esta é a questão em evidência.

## **Conclusão**

As questões humanas transbordam os limites do direito, pois apenas a norma não é capaz de impor obrigações. Mais do que isso, existe o meio econômico em que os cidadãos vivem, a mo-

ral, o psiquismo, o desejo interno de cada um atuando na satisfação dos seus desejos e instintos.

Diante do fato jurídico do consumismo, constata-se, através de uma visão interdisciplinar da economia, filosofia, psicanálise e teologia, que é limitada a eficácia da norma consumeirista que reprime tal comportamento, através do Código de Defesa do Consumidor na pós-modernidade, devido ao conflito de normas sociais.

O declínio da religião decorrente do Iluminismo acompanha um maior questionamento das formas de comportamento e satisfação dos desejos na chamada pós-modernidade, levando a uma crise ética em que o certo e o errado são palpites de cada um, assim como a um conflito entre o Direito e a Religião, frente às demais normas sociais, propiciadas liberdades constitucionais de manifestação do pensamento, de expressão e de informação (art. 5º, IV, IX e XIV, CF/88, respectivamente), em uma aliança entre o capitalismo como fundamento da ordem econômica (art. 170 e seguintes CF/88) que estimulam o materialismo e o consumismo como forma de viver, em uma desassociação com os valores do Direito e da Religião.

Neste passo, constata-se que, enquanto o Direito, através do Direito do Consumidor, valora os fatos jurídicos, procurando defender o consumidor, o mesmo Direito, por meio das garantias constitucionais, possibilita um questionamento sobre o que pode ser utilizado pelo cidadão para satisfação dos seus desejos e necessidades, limitando a eficácia da norma consumeirista.

Foi possível demonstrar uma relação intrínseca entre a formação e o percurso do desejo na publicidade como os limites do Direito, em especial, do Código de Defesa do Consumidor no sistema capitalista.

Diante de sua incompletude e angustiado em seu desejo de reaver o objeto primitivo perdido, consumirá produtos que busquem preencher sua falta da completude perdida ao identificar-se com este, ao assumir a imagem exposta na mídia daquele serviço ou produto.

A partir da compreensão do processo de consumo na livre iniciativa, verifica-se que este sofrimento psíquico e o consumismo, decorrente, iniciado historicamente, como visto, pós-Revolução Industrial e devido ao excedente de oferta, favorecerão o crescimento da economia, pelo aumento das vendas e do lucro das empresas, as quais são as fornecedoras dentro da relação jurídica de consumo.

Neste quadro, constatam-se um descompasso e um conflito entre os valores insculpidos na norma jurídica e religiosa e as demais normas sociais que espelham a realidade vivida pelas pessoas em seu cotidiano, comprometendo a eficácia da norma jurídica que procura proteger o consumidor, não suficiente para reprimir a idolatria, o que propiciou a problematização do direito e da norma em questão, próprio da filosofia do Direito e objeto de reflexão deste trabalho.

## Referências

- AZEVEDO, Israel Belo. **Sociedade Bíblica do Brasil. Nova Tradução na Linguagem de Hoje**. São Paulo, 2016.
- BARROS, Fernanda Otoni de. **Do Direito ao Pai**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BERLIN. Dois conceitos de liberdade. In I. Berlin. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Brasília: Ed. UnB, 1981.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. São Paulo: Edipro, 2014.
- BLESSA, Regina. **Merchandising no ponto-de-venda**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- BOTTON, Alain. **Consolações da Filosofia**. Rio de Janeiro: Ed. Rocco/Coleção L&PM Pocket, 2013.
- CASADO, Marcio Mello. **Princípios Gerais da Publicidade na Constituição Federal e no Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em [www.ufsc.br/buscalegis](http://www.ufsc.br/buscalegis). Acesso em: 10 mai. 2014.
- CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de filosofia do direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- CURY, Munir. **Fraternidade como Categoria Jurídica**. São Paulo: Cidade Nova, 2013.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 5. p. 9.
- ENZENSBERGER, Hans Magnus. **Elementos para uma teoria dos meios de comunicação**. Trad. de Cláudia. S. Danbusch. São Paulo: Conrad, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 4. ed. Ed. Malheiros, São Paulo.

GRINOVER Ada Pellegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor** comentado pelos autores do anteprojeto.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.

LIBÂNIO J.B. **Introdução à Teologia. Perfis, enfoques, tarefas**. 6. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2007.

MIRAGEM, Bruno. Vício oculto, vida útil do produto e extensão da responsabilidade do fornecedor: comentários à decisão do REsp 984.106/SC, do STJ. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 85, p. 325 et. Seq., jan. 2013.

OLIVEIRA, Altamar. **Compêndio de Teologia e Religião**. Edições Loyola. 2010.

OLIVEIRA, Bruno Queiroz. **A Crise da legalidade penal no constitucionalismo contemporâneo**, 1. ed., Florianópolis: Conceito Editorial, 2018.

PACKARD, Vance. **A estratégia do desperdício**. São Paulo: Ibrasa, 1965.

PICANÇO, Mônica. **Redescobrimdo o ser ético**: Sociedade sem valor é ser humano sem amor. 1. ed., São Paulo: Ed. da autora, 2009.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito - situação atual**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. **Lições preliminares de Direito**. 29. ed., ajustada ao novo Código Civil, 6ª Tiragem, 2006.

SCHEWE, Charles D. e SMITH, Reuben M. **Marketing**: conceitos, casos e aplicações. Trad. Auripebo Berrance Simões, Ed. McGraw-Hill, São Paulo, 1982.

SORDI, Rudyard. **Psiquiatria Forense. Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica**. Campinas: Millennium, 2007.

STEVENS, Brooks *apud* LEONARD, Annie. **A história das coisas**: da natureza ao lixo, o que acontece com tudo que consumimos. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

# Conciliação no Brasil: análise de sua repercussão na celeridade e efetividade da Justiça

**Floriano Benevides de Magalhães Neto**

*Advogado da CAIXA no Ceará*

*Pós-graduado em Direito Constitucional*

*Pós-graduado em Administração Pública*

*Graduado em Ciências Econômicas*

**Lilise Barroso Benevides de Magalhães**

*Advogada no Ceará*

*Pós-graduada em Ciências Criminais*

## RESUMO

Trata-se da análise da teoria do conflito, sua repercussão na sociedade e os meios de resolução dos litígios, como forma de pacificação social. Estudam-se os meios alternativos de resolução de conflitos – MARC ou ADR – *Alternative Dispute Resolution*, entre eles a conciliação e a mediação, por se tratar de mecanismos de autocomposição, quando as próprias partes buscam um acordo, mediante o diálogo e o consenso, facilitados por um conciliador ou um mediador. Através de levantamento legal, doutrinário e jurisprudencial, discute-se a legislação internacional sobre tais métodos, a crise do Judiciário brasileiro, com uma demanda de processos crescente, tornando-se fator que impacta o seu desempenho. Os MARCs apresentam-se como sistema de destaque no Brasil, com ênfase a partir da reforma proporcionada pelo Código de Processo Civil de 2015, que passou a incentivar a autocomposição como forma de melhorar o acesso e desafogar a Justiça. Na mesma linha, analisam-se os projetos desenvolvidos pelo Poder Judiciário brasileiro, tais como os círculos de conciliação, mutirões e a Semana Nacional de Conciliação, com apuração de resultados estatísticos, demonstrando-se a relevância desses mecanismos para os fins de celeridade e efetividade da Justiça, em benefício de toda a sociedade, passando da litigiosidade para a consensualidade.

Palavras-Chave: Crise do Judiciário brasileiro. Meios alternativos de resolução de conflitos. Celeridade e efetividade da Justiça. Consensualidade.

## ABSTRACT

It is the analysis of conflict theory, its repercussion in society and the means of resolving disputes, as a form of social pacification. Alternative means of conflict resolution (MARC or ADR), including conciliation and mediation, are discussed as they are self-determination mechanisms, when the parties themselves seek agreement through dialogue and consensus, facilitated by a conciliator or mediator. Through a legal, doctrinal, and jurisprudential survey, the international legislation on such methods is discussed, the Brazilian Judiciary crisis, with a growing process demand, becoming a factor that impacts its performance. MARC's have been a prominent system in Brazil, with emphasis on the reform provided by the Civil Procedure Code of 2015, which started to encourage self-determination to improve access and to unburden Justice. In the same way, it has analyzed the projects developed by the Brazilian Judiciary, such as conciliation circles, joint efforts and the national reconciliation week, with statistical results, demonstrating the relevance of these mechanisms for the purposes of celerity and effectiveness of Justice, for the benefit of the whole society, from litigiousness to consensuality.

Keywords: Crisis of the Brazilian Judiciary. Alternative means of conflict resolution. Celerity and effectiveness of Justice. Consensuality.

## Introdução

Aborda-se a teoria do conflito e como os meios alternativos de resolução de conflitos podem trazer benefícios para a sociedade, partindo-se da decisão ditada pelo Estado, chegando à autocomposição, realizada a partir do diálogo e do consenso entre as partes, em suas várias modalidades e, especificamente, a conciliação e a mediação. Busca-se a origem histórica do sistema até chegar ao meio de resolução de conflitos modernos, em países como Estados Unidos, Canadá, França, Espanha e Argentina.

No caso específico do Brasil, o número de processos é crescente. O novo Código de Processo Civil implantou sistemas como



o de precedentes – de modo a uniformizar as decisões judiciais – e os mecanismos de conciliação. Surgem, assim, os meios alternativos como forma de, pondo as partes para dialogar e buscar um consenso, torná-las aptas a elas mesmas buscarem solução para seus litígios, em uma mudança de paradigma no Judiciário. Uma solução elaborada a partir dos próprios litigantes, bem diferente da solução elaborada pelos órgãos do Judiciário, em que os demandantes podem não se conformar e recorrer às instâncias superiores.

Os objetivos são demonstrar a relevância do tema e a capacidade de tais mecanismos reduzirem a demanda judicial, desafogando o Judiciário, inovação que está ocorrendo no país com mais ênfase desde a mudança do Código de Processo Civil em 2015, mas que vem sendo implantada paulatinamente desde a década de 1940, com a Consolidação das Leis do Trabalho, mas com previsão desde a Constituição Imperial de 1824, mediante análise de dados fornecidos pela Justiça.

No Brasil, por seus aspectos políticos, sociais, econômicos, os conflitos são elevados. Serão analisadas estatísticas do Poder Judiciário sobre ações, conciliações e reduções de acervos judiciais, buscando-se demonstrar os benefícios que os MARCs estão proporcionando à sociedade, política pública que se reflete em celeridade para a Justiça, redução de gastos e maior efetividade, resultando na promoção da pacificação social. As valorizações da autonomia e da cidadania também são apontadas como fatores que diferenciam e qualificam os meios alternativos de resolução de conflitos

Em anexo, apresenta-se uma cartilha de conciliação em versos, elaborada para divulgação do tema, pela relevância e atualidade do assunto.

## **1 Análise do conflito**

Quando se realiza uma audiência de conciliação, ficamos diante de uma mesa-redonda, em uma sala com a outra parte e um conciliador. A mesa-redonda significa equidade, não há predomínio de poder a qualquer dos envolvidos na solução daquele litígio. O conciliador está representando o Poder Judiciário, que também está presente, a fim de constatar se estão sendo atendidos os princípios e requisitos para uma adequada e justa solução da pendência.

Ou seja, o Poder Judiciário está participando. Contudo, naquele momento as partes estão com o poder de decidir,

apoderadas, e, mediante o diálogo, buscam pelo consenso uma solução adequada para ambas.

É de se ressaltar: nas sociedades antigas, o poder de decisão era das partes, ou dos líderes, dos reis, dos governantes. Passou para o magistrado, que representa o Estado. Em sua atividade jurisdicional, o juiz profere uma sentença, podendo as partes se irressignar e recorrer à segunda instância e assim por diante, deixando ativo o processo por vários anos até uma decisão final que também pode não agradar aos litigantes.

Para se abordar a resolução de litígios, deve-se inicialmente analisá-lo, passando do seu conceito como elemento patológico para se tornar elemento de interação, a fim de se chegar a uma convivência social satisfatória.

Weber (2004, p. 36) despatologiza o conflito, considerando-o uma ação cotidiana e histórica resultante da concorrência por bens escassos, materiais e simbólicos. Norbert Elias (2008, p. 57) também questiona o tratamento sociológico tradicional dado ao tema do conflito e analisa o conflito social (violência, tensões, equilíbrio de poder) como elemento estruturante da evolução da sociedade.

Porém, o conflito é inerente ao ser humano, que vive em constante interação social. Até mesmo o conhecimento evolui pelo confronto de ideias. Veja-se a dialética: parte-se de uma tese, apresenta-se uma antítese e se tem uma síntese, uma nova ideia, sucessivamente. Tem-se, portanto, que aprender a conviver com o conflito, buscando meios de solucionar litígios da maneira mais favorável a ambas as partes.

## **2 O conceito múltiplo de paz**

No senso comum, tem-se a paz como ausência de guerra. No entanto, a paz tem um sentido múltiplo, que transcende essa definição inicial de ausência de violência, seja no âmbito interno ou internacional, englobando conceitos históricos, filosóficos, sociológicos, entre outros.

No Ocidente, tem-se a influência da tradição grega e romana. O pensamento grego define a paz como uma unidade interior frente a uma ameaça exterior, tendo o Estado o papel de defesa, com o desenvolvimento armamentista e o militarismo. A tradição romana define a paz como lei e ordem interna, através dos Estados Soberanos. Surgiu, assim, o conceito negativo de paz, limitando a um intervalo entre guerras ou conflitos.

A partir de Kant, o conceito foi se estendendo para não só a ausência de guerra, mas também a ausência de violência, justiça e liberação da opressão, até chegar ao conceito de paz social. Destaque-se o conceito de violência cultural, referindo-se a aspectos como ideologia, linguagem, arte, podendo-se extrapolar para uma cultura da violência. E a violência simbólica, considerada pelo filósofo Pierre Bourdieu como a forma de poder, quase sempre imperceptível, visando perpetuar a dominação social, política e econômica (SANTOS, 2015, p. 25).

O desenvolvimento da orientação cooperativa é a base para a utilização e resolução construtiva do conflito, promovendo uma atitude de ganhar-ganhar, com comunicação eficaz, comportamento negociador e mecanismos de solução de problemas.

### **3 A formação do Estado e a resolução de conflitos**

De início, nas sociedades primitivas, os líderes e os demais se juntavam para resolver os conflitos. Era uma decisão negociada, discutida, às vezes imposta, dependendo da cultura do povo.

No entanto, com a formação do Estado, essas decisões passaram a ser tomadas por agentes estatais, magistrados e tribunais.

Os filósofos contratualistas defendem a formação do Estado como um contrato entre os homens. Por exemplo, Thomas Hobbes defendia o Estado como a pacificação dos homens, haja vista que, segundo ele, em seu estado natural tendiam a se destruir mutuamente. Rousseau afirmava que os homens devem formar o Estado para proteção e bem-estar da coletividade. Por seu lado, o filósofo John Locke analisava o tema a partir do pressuposto de que os homens vivem em sociedade para se proteger, e que a liberdade e a propriedade deveriam ser oponíveis até mesmo ao próprio soberano.

Norberto Bobbio (2004, p.38) refere-se à evolução dos direitos, passando por várias gerações, como os direitos fundamentais, sociais, coletivos, todos indispensáveis e considerados postulados éticos ligados à dignidade da pessoa humana, que irão regular a relação entre os homens e o Estado e basear a solução dos conflitos dentro da sociedade.

A codificação levou à sociedade a vontade soberana do Estado, através das normas positivadas. Portanto, com a positivação do Direito, os julgamentos passaram a se realizados à luz dos preceitos legais e posteriormente constitucionais, visando a resolver os litígios da sociedade.

## 4 Meios heterônomos e autônomos de solução de conflitos

A resolução de litígios, assim, compreende duas categorias principais de processos ou modos de resolução, quais sejam, os processos heterônomos, em que a decisão é imposta por um terceiro, seja por designação privada, seja pelo Estado; e os processos autônomos ou consensuais.

Entende-se por mecanismos heterônomos aqueles nos quais a resolução do litígio é vinculativa e decorre da ordem jurídica: um terceiro neutro e imparcial tem legitimidade para impor uma decisão aos litigantes, situação típica das decisões judiciais e arbitrais.

Os meios autônomos são aqueles em que as partes têm o controle do resultado e dos termos do processo: o terceiro neutro não tem poder para proferir uma decisão vinculativa das partes, mas pode auxiliá-las a construir uma solução. Assim, a autocomposição é o meio de resolução de controvérsia sem que haja intervenção direta do Estado. A busca do consenso é quase sempre o primeiro passo das pessoas naturais e jurídicas para a composição de um litígio. É quando as partes em litígio buscam negociar e acordar pacificamente a controvérsia, somente os oponentes ou com a participação de um terceiro imparcial, através de concessões unilaterais e bilaterais ou quando uma parte se submete a outra.

A doutrina questiona a expressão “alternativos” porque pressupõe a existência de outro método de solução que seria o meio ordinário. Petrônio Calmon explica que essa denominação decorre de uma visão científica que trata a jurisdição estatal como único meio ordinário de pacificação social, decorrente de uma cultura de Estado intervencionista e que expressa imprecisão histórica e técnica. O autor sugere a terminologia “meios adequados de pacificação social”, pois considera um sistema multiportas, em que a jurisdição estatal se apresenta apenas como uma possibilidade, “um meio seguro, mas não o único e nem tampouco o mais efetivo” (CALMON, 2007, p.87).

Quanto às críticas, podemos relacionar algumas questões apresentadas pela doutrina, por exemplo, a possibilidade de conduzirem a resultados injustos em razão do desequilíbrio que pode haver entre as partes, o que pode se verificar em conflitos envolvendo pessoas com situações econômicas diversas. Afirma-se que a utilização dos meios alternativos também poderia retirar da justiça comum os casos considerados simples, provocando sua elitização, desestimulando o acesso ao juiz ordinário às clas-

ses menos abastadas e formar um descompasso entre a realidade social e as decisões judiciais.

Contudo, significa uma parceria, a colaboração entre as partes, com a finalidade de resolver as demandas judiciais e extrajudiciais, resguardando ao Judiciário o poder de instrução e julgamento das demais ações judiciais, principalmente as mais complexas, garantido o amplo direito de defesa e de recurso para os litigantes.

No gênero meios alternativos de resolução de conflitos pode-se destacar a negociação, a conciliação e mediação (autocomposição) e a arbitragem (heterocomposição).

Além dessas, há outras modalidades, conforme CABRAL (2013), tais como

ombudsman, rent a judge, court-annexed arbitration, court-annexed mediation, early neutral evaluation, final-offer arbitration, confidential listener, special master, neutral fact-finder, expert fact-finder e joint fact-finder.

O *ombudsman* ou ouvidor é uma pessoa nomeada por uma instituição para a satisfação das reclamações dos clientes e consumidores.

No método denominado juiz de aluguel, *rent a judge*, as partes decidem pela contratação de um árbitro privado para a apresentação de decisão quando a causa aguarda julgamento, após já se haver realizado toda a instrução; a decisão haverá de se basear nas normas vigentes, não podendo sê-lo em outras normas ou na equidade, como ocorre na arbitragem.

A *court-annexed arbitration* consiste em uma arbitragem realizada durante o curso do processo, modo voluntário, cuja solução pode ser aceita ou não pelos litigantes.

Na *court-annexed mediation*, as partes são encaminhadas a sessões de mediação, a pedido próprio ou por iniciativa do juiz, constituindo o procedimento alternativo mais utilizado nas cortes federais norte-americanas.

Recomendável a processos ainda em fase inicial, o *early neutral evaluation* consiste na avaliação do caso por terceiro neutro, especializado na matéria controvertida, que elabora parecer sobre o provável resultado da causa.

Na *final-offer arbitration*, o árbitro deve escolher entre uma das hipóteses de composição do litígio propostas por cada uma das partes, o que as estimula à proposição de soluções razoá-

veis, pois se uma delas apresentar proposição exorbitante, o árbitro poderá escolher a proposta apresentada pela parte contrária.

O *confidential listener* ou ouvinte neutro confidencial é um terceiro imparcial, a quem as partes apresentam sua proposta de oferta final. Sem revelar o conteúdo de cada proposta à parte contrária, esse terceiro lhes informa se, diante dessas propostas, há viabilidade de se chegar a um acordo final.

O *neutral fact-finder* ou esclarecedor das questões de fato é uma pessoa chamada para reunir as partes e emitir sua opinião sobre o caso, uma recomendação que também poderá ter caráter vinculante caso as partes assim acordem.

As partes também podem nomear um perito imparcial, o *expert fact-finder*, para emitir uma opinião sobre um aspecto técnico, o que poderá facilitar a autocomposição, pois as partes têm uma base sobre a qual negociar; a perícia tem valor meramente informativo, podendo as partes, porém, optar por uma perícia vinculante.

Na *joint fact-finder*, são os próprios representantes das partes que intentarão uma solução conjunta para as questões de fato ou para alguma delas, em meio a um mecanismo heterocompositivo; decididas as questões de fato, facilitam-se o acordo e uma eventual decisão por juiz ou árbitro.

A doutrina também apresenta a possibilidade de utilização sucessiva de meios alternativos de resolução de conflitos, especialmente envolvendo a mediação e a arbitragem. Na mediação/arbitragem, as partes concordam em realizar mediação e, caso esta não seja possível, submetem o caso à arbitragem, em regra praticada pela mesma organização. Já na arbitragem/mediação, inicia-se pelo procedimento de arbitragem; o árbitro anuncia às partes a realização do laudo, mas não revela seu conteúdo, depositando-o em local seguro e inviolável, fazendo com que as partes iniciem as tentativas de acordo e, caso este não seja realizado, revela-se o laudo arbitral.

#### **4.1. Conciliação e Mediação**

Como mecanismos de autocomposição, passa-se a abordar especificamente a conciliação e a mediação. A conciliação é um método utilizado em conflitos onde existe um terceiro imparcial, porém com atuação ativa, propondo e sugerindo, tentando conciliar e resolver o conflito de uma forma consensual. Constitui um dos meios também mais utilizados desde a antiguidade,

como forma de evitar a utilização da jurisdição, seja para abreviar a solução de uma pretensão apresentada perante os tribunais. Vale salientar a distinção entre mediação e conciliação na versão de Moraes (2012, p.135):

A conciliação se apresenta como uma tentativa de chegar voluntariamente a um acordo neutro, no qual pode atuar um terceiro que intervém entre as partes de forma oficiosa e desestruturada, para dirigir a discussão sem ter um papel ativo. Já a mediação se apresenta como um procedimento em que não há adversários, onde um terceiro neutro ajuda as partes a se encontrarem para chegar a um resultado mutuamente aceitável, a partir de um esforço estruturado que vise a facilitar a comunicação entre os envolvidos.

Conceitos muitas vezes confundidos, na mediação o objetivo principal é buscar reconstruir relacionamentos, com muitos aspectos psicológicos envolvidos, enquanto na conciliação a finalidade principal é resolver o litígio, mas também dentro das regras e dos princípios do sistema jurídico.

A mediação possui relatos de cerca de 3000 a.C. na Grécia, bem como no Egito e na Babilônia, para dirimir questões entre cidades-estados. Também há registros de utilização em várias culturas, como a judaica, cristã, islâmica, budista e indígenas.

Até a Renascença, a Igreja Católica foi a principal instituição de mediação e administração de conflitos da sociedade ocidental, promovendo a mediação em assuntos familiares, criminais e disputas diplomáticas. Lembremos, por exemplo, o Tratado de Tordesilhas, em que o Papa intermediou um acordo entre Portugal e Espanha dividindo as terras a serem descobertas ao Ocidente entre os dois países.

Pode ser utilizada para resolver vários tipos de conflito, tais como: empresariais, condominiais, trabalhistas, familiares, comunitários, escolares, ambientais, urbanísticos, penais e, especialmente, quando há prevalência da necessidade de manter a convivência entre as partes. Como dispõe SALES (2016, p. 965):

A mediação tem como premissa o diálogo inclusivo e cooperativo entre as pessoas e a participa-

ção de um terceiro imparcial que facilita a comunicação entre as partes e permite a construção participativa do consenso.

A autora destaca o fator emocional e a teoria do Círculo Dourado (*Golden Circle*), do norte-americano Simon Sinek. Para essa teoria, a tomada de decisão do ser humano acontece na parte do cérebro relacionada às emoções e à tomada de decisão. Desse modo, o reconhecimento, a valorização e o gerenciamento das emoções tornam-se necessários para a construção de consenso e para uma tomada de decisão que seja efetiva e eficaz. Por isso a complexidade do mecanismo, porém se busca a solução e, fundamentalmente, a paz, no sentido de pacificação social:

Percebe-se que as emoções sempre estarão presentes em qualquer negociação e precisam ser compreendidas e bem administradas. Na pesquisa apresentada, aponta-se que as partes em negociação ou o mediador podem desenvolver cinco nuances das emoções humanas (que congregam os mais variados sentimentos) que resultarão na expressão de emoções positivas, facilitando a gestão para o consenso. São elas a apreciação, a afiliação, o estímulo à empatia, a valorização do status e o reconhecimento do papel que a pessoa tem na negociação. Ao se valorizar as nuances emocionais, estimula-se uma conexão legítima entre as pessoas, o que favorece o diálogo colaborativo e a construção de consenso (SALES, 2016, p. 985).

Entre as principais técnicas de mediação, pode-se relacionar a Escuta Ativa, Parafraseamento, *Rapport* e *Caucus*.

A comunicação entre as partes presentes em um conflito pode estar seriamente prejudicada. Muitas vezes, elas só querem falar e expressar a sua raiva sem ouvir o que o outro tem a dizer. A escuta ativa é uma técnica na qual se passa a prestar mais atenção ao que o outro tem a dizer, prestando atenção não apenas nas palavras, mas também na linguagem não verbal, como gestos, expressões faciais, compreendendo-se melhor as necessidades e os desejos do outro, obtendo informações para produzir uma solução positiva.

Parafraseamento, também chamado recontextualização, é utilizado quando o mediador quer que as partes vejam a disputa por outro ponto de vista. Assim, fica mais fácil criar um com-



portamento mais positivo dos participantes de forma que eles mesmos possam refletir sobre o assunto. Além disso, a paráfrase pode ser utilizada para fazer com que uma parte compreenda melhor o que a outra quis dizer.

*Rapport* tem como objetivo principal estabelecer uma relação mais harmônica entre as partes, fazendo com que uma possa se colocar no lugar da outra. Gera mais confiança, melhorando a troca de informações e a interação entre os presentes. Incluído no *Rapport* está o espelhamento. Nesse caso, o mediador deve tentar imitar tudo o que as partes fazem para que possam criar algum tipo de conexão. Transmite a ideia de que o outro é parecido consigo, criando, desse modo, uma maior relação de confiança, porém sem exageros para não aparentar mera imitação.

*Caucus* é uma técnica bastante utilizada na mediação, o mediador se reúne, de forma privada, com cada uma das partes, com sessões de mesma duração e uma logo após a outra. É utilizada para criar um vínculo maior com os participantes e nos casos em que a comunicação entre as partes esteja realmente difícil.

## 5 Princípios dos mecanismos alternativos na legislação brasileira

No Brasil, os princípios sobre a matéria encontram-se elencados de forma dispersa, por exemplo, na Lei de Mediação, no CPC e na Resolução nº 125/10 do Conselho Nacional de Justiça, sendo que os aplicáveis à conciliação basicamente são aplicáveis também à mediação, entre os quais se destaca:

Confidencialidade – o sigilo acerca das informações obtidas na sessão conciliatória é primordial para o sucesso do acordo;

Competência – o conciliador deve ser pessoa habilitada à atuação judicial, com capacitação na forma da resolução 125/10, CNJ;

Imparcialidade – o conciliador não deve interferir no resultado do trabalho nem aceitar qualquer tipo de favor ou presente;

Neutralidade – deve atribuir valores iguais a cada uma das partes, respeitando sempre os seus respectivos pontos de vistas;

Independência e autonomia – o conciliador deve atuar na sessão com liberdade, sem pressão interna ou externa (Resolução 125/10).

O princípio da independência na mediação e na conciliação significa que, para se buscar solução do conflito entre as partes, deve-se privilegiar a autonomia. As partes não podem se sentir obrigadas ou coagidas a fazerem um acordo, visando simplesmente a colocar fim a um processo (DIAS e FARIA, 2016, p. 32).

Além disso, há algumas regras a serem observadas durante a composição de acordos, conforme se vê adiante transcrito (art. 2º, resolução 125, CNJ):

- a) Informação – Cabe a quem preside a conciliação esclarecer aos envolvidos sobre o método de trabalho a ser empregado e de forma clara e precisa, as etapas do processo;
- b) Autonomia da vontade – deve velar sempre pelo respeito aos diferentes pontos de vista dos envolvidos, a fim de que alcancem com liberdade uma decisão voluntária e não coercitiva;
- c) Ausência de obrigação de resultado – não se deve forçar um acordo, podendo no muito criar opções, ficando a critério das partes acolhê-las ou não;
- d) Imparcialidade – o conciliador deve estar à frente do trabalho desvinculado de sua profissão de origem e que, caso as partes necessitem de aconselhamentos afetos a área em discussão, poderá ser convocado profissional, desde que consentam;
- e) Teste de realidade – assegurar que as partes envolvidas no acordo compreendam suas disposições, garantindo assim o seu cumprimento. (BRASIL, 2010).

O Novo Código de Processo de Civil tratou expressamente do princípio da confidencialidade em seu artigo 166, o qual assim dispõe:

Artigo 166...

§1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§ 2º Em razão de dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão di-

vulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação. (BRASIL, 2015)

O princípio da confidencialidade é fundamental na atuação do conciliador e mediador. Contudo, tal norma não tem caráter absoluto, podendo ser renunciada pelas partes, a quem compete indicar sua extensão. (NASCIMENTO, 2017, p.326).

Portanto, tem-se assegurada a voluntariedade, a confidencialidade, com conciliadores/mediadores imparciais, atuando com neutralidade, prestando as informações necessárias, a fim de que as partes atuem para resolver o litígio da maneira mais satisfatória possível, dentro das possibilidades e dos interesses de cada um dos envolvidos, com grandes benefícios para a sociedade.

## **6 Aspectos históricos da mediação e conciliação em outros países**

A conciliação e mediação, em sua versão moderna, ressurgiram no final do século XX, desenvolvendo-se em vários países do mundo.

Os Estados Unidos são pioneiros na moderna ADR – *Alternative Dispute Resolution*. Os primeiros antecedentes situam-se no âmbito trabalhista, buscando resolver greves que estavam afetando a economia do país, nos idos da década de 1830. Mais recentemente, houve expansão do sistema na esfera familiar.

O instituto da mediação teve sua fundamentação teórica na Universidade de Harvard, Cambridge-Boston, no final da década de 1970, através do sistema de *multi-door courthouse* – Tribunal de Muitas Portas, no qual um tribunal poderia receber demandas por programas distintos, pois, além do processo judicial tradicional, haveria os meios alternativos, tais como a arbitragem, a conciliação e a mediação. Foi uma resposta à explosão de contencioso em massa, marcando o início de uma tendência mundial de criação da instância de conciliação para a disciplina das pequenas causas, expandindo-se para outros campos, também em face do alto custo do Judiciário, a maioria dos processos envolvendo pequeno valor.

Da mesma forma, pode-se considerar o sistema como reflexo do Pós-Segunda Guerra, em que as nações buscaram desenvolver a resolução de conflitos pelo diálogo e pelo consenso.

Um dos principais fundamentos científicos foi a Teoria da Ação Comunicativa, do sociólogo alemão Jurgen Habermas, que repercutiu também na resolução de litígios judiciais.

Tal como os Estados Unidos, o Canadá também foi um dos pioneiros em ADRs, sendo a mediação um sistema de grande desenvolvimento naquele país. A mediação familiar se desenvolveu com mais vigor a partir da década de 1970, passando a haver a prática privada exercida por advogados, terapeutas de família e de casal.

Conforme Villaluenga (2016, p. 17), a União Europeia também incentiva a conciliação e a mediação, difundida em vários países, podendo-se destacar Inglaterra, França e Espanha.

Na Inglaterra, há recomendação de tais mecanismos antes de buscar os procedimentos tradicionais. Não buscar essas alternativas pode se refletir no aumento das custas do procedimento judicial. Na década de 1980, houve incremento da mediação familiar, inclusive com um código nacional de mediação.

A Espanha teve um grande desenvolvimento dos MARCs, especialmente da mediação familiar, a partir do final da década de 1970, seguindo a orientação da União Europeia, com ênfase na formação dos mediadores, com leis específicas em cada cidade, como Madri, Catalunha, Valência, etc.

Na França, há larga tradição e desenvolvimento da mediação e conciliação extrajudiciais, representando esses meios a maior parte das conciliações e mediações realizadas no país. Tem-se registro de norma legal sobre mediação desde o século XVII, que atribuía à assembleia de nobres e ao clérigo a tarefa de pacificar as desavenças e discórdia para realização da mediação de todos os litígios.

Na África, tem destaque a partir das últimas duas décadas, com tendência a se consolidar no continente. Indicam-se a ausência de apoio do governo e a falta de políticas públicas de acesso ao Judiciário como obstáculos.

Na cultura oriental, a autocomposição integra os usos e costumes, e a figura do mediador pode ser institucional, decorrente de uma hierarquia na organização comunitária, seja como poder delegado, ou natural, como exercício da cidadania. Conforme a doutrina, a tradição oriental influenciou o desenvolvimento do sistema em sua versão moderna nos Estados Unidos, também devido à imigração de asiáticos para aquele país.

Entre os chineses, há uma instância institucional da mediação que constitui uma etapa obrigatória de acesso à justiça. No Japão, a conciliação é aplicada desde a era feudal, com valores

confuncionistas. Existe um comitê que atua em tais conflitos, inclusive em parceria com mais mediadores. Esgotada a possibilidade de acordo é que os interessados são encaminhados para instrução e julgamento. Os institutos no Japão se encontram legalmente regulados desde o final dos anos 1940, modelo que migrou para o Ocidente na década de 1980, com as adaptações necessárias, muito se assemelhando notadamente à mediação familiar no Ocidente (LEITE, 2017, p. 2).

Na América Latina, segundo Villaluenga, ao lado da Argentina se ressaltam países como México e Chile, “como mais avançados em termos de legislação e na prática judiciária e social por esses métodos” (2016, p. 87). Analisa também países como Costa Rica, Uruguai, Paraguai, Bolívia, Equador, entre outros, como exposto a seguir.

Na Argentina, os institutos se desenvolveram em resposta à crise da administração da justiça. Em 1992, foi declarada de interesse nacional a institucionalização da mediação como método alternativo para a resolução de conflitos. O sistema é bastante desenvolvido em todos os âmbitos: escolar, comunitário, saúde, comércio, seguros. É aplicado com destaque na área de família, como guarda de filhos, alimentos, regime de visitas, nulidade de matrimônio, separação e divórcio.

No México, o sistema de ADR, com destaque para a mediação, teve impulso a partir de 2001, quando vários estados passaram a aprovar leis sobre mediação, sem prejuízo da jurisdição dos tribunais do foro comum e centros de justiça alternativa.

No Chile, com legislação a partir da década de 1990, destacam-se a conciliação obrigatória nos processos, a figura do juiz civil como conciliador, a regulação da conciliação em matéria de consumo, a mediação familiar e a penal.

No Uruguai, a conciliação é reconhecida como etapa relevante do processo judicial, como obrigatória preliminar ao processo. Ganham destaque assuntos como direito do consumidor e direito do trabalho. Quanto à mediação, existem Centros de Mediação do Poder Judiciário, devendo cada parte estar assistida por advogado em causas de montante superior a determinado valor.

No Paraguai, em 2002, houve regulação da arbitragem e da mediação, ficando previstas para assuntos decorrentes de relação contratual, sempre que tais assuntos sejam susceptíveis de transação, conciliação ou arbitragem. É de se enfatizar que a conciliação pré-processual é obrigatória, além do que a audiência de mediação poderá ser realizada a qualquer momento an-

terior à interposição da demanda e até antes de prolatada a sentença definitiva e de ser coisa julgada.

Destarte, verifica-se que vários países latino-americanos implantaram o sistema em sua legislação décadas antes do Brasil, porém os meios alternativos estão em crescimento no sistema brasileiro, já com bons resultados em termos de encerramento de processos ajuizados e prevenção de novas demandas judiciais.

## **7 Resolução de conflitos no Brasil: do litígio para a colaboração**

A questão do acesso à Justiça é essencial, sendo relevante dirimir os conflitos e buscar a pacificação das relações na sociedade, passando-se do litígio para a colaboração, a consensualidade, favorecendo a efetividade. Mesmo o acesso à justiça sendo um direito, é necessário buscar mecanismos que visam a materializar essa garantia. Por exemplo, a Constituição, a Emenda Constitucional nº 45, de 2004 – que promoveu a reforma do Judiciário –, e mais recentemente o Código de Processo Civil, promulgado em 2015, incluíram mecanismos em prol de melhores respostas à população em termos de prevenção, resolução de litígios e promoção da paz social.

Os recursos judiciais ocorrem porque, muitas vezes, as partes, mesmo com a decisão, ficam insatisfeitas com o julgado, concluído a partir do convencimento do juiz, e buscam nas instâncias superiores uma decisão mais favorável. E, às vezes, a outra parte (outrora satisfeita), com a reforma da sentença inicial, já passa a ficar insatisfeita e busca em outra instância a reforma da decisão do segundo grau e assim por diante, até chegar ao Supremo Tribunal Federal, se houver questão constitucional a ser debatida. Esse é o sistema tradicional.

Havia previsão de conciliação já na Constituição de 1824, por influência do costume inglês e norte-americano, embora sem muita aplicação prática.

Em 1943, com a vigência da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei nº 5.452, de 1º/5/1943), no contexto do desenvolvimento industrial brasileiro, foi prevista a obrigatoriedade de se buscar, sempre nos dissídios individuais e coletivos do trabalho, a conciliação entre as partes (art. 831).

Tendo em vista o acúmulo de processos no Poder Judiciário, a conciliação começou a ter mais destaque no Código de Processo Civil de 1973, como nos seus artigos 125, 331 e 448.

A Constituição Brasileira de 1988 indicou como um de seus objetivos fundamentais a implementação de alternativas ade-

quadas e céleres para a resolução de conflitos (art. 3º, inciso I, e art. 5, LXXVIII).

Em 1990, entrou em vigor o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), que prioriza, dentre as Políticas Nacionais de Relações de Consumo, a “Criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo (art. 5, IV)”, a fim de buscar a conciliação entre as partes de maneira mais simplória e rápida.

Com a Lei nº 9.099/95, a qual regulamentou os procedimentos dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, a conciliação ganhou papel importante, dispondo em seu artigo 2º “que o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que possível, a conciliação ou a transação”.

Em 1996, foi promulgada a Lei nº 9.307, que dispõe sobre a arbitragem, alterada pela Lei nº 13.129/2015, a qual passou a prever a possibilidade de participação da administração pública.

Destaca-se o projeto de lei 4827/1998 da Câmara dos Deputados. Foi a primeira iniciativa do Legislativo sobre a mediação, que resultou, afinal, na Lei nº 13.140, de 2015 (SALES, 2016).

Em 2001, foi instituída a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal (Lei nº 10.259, de 12/6/2001), a qual também prioriza na resolução de conflitos de sua competência a conciliação entre as partes (art. 3º).

O Código Civil de 2002 dispôs sobre a conciliação, por exemplo, por seu artigo 840: “É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”.

Assim, com o aumento das demandas judiciais, passou-se a prestigiar outros meios adequados de solução de conflitos.

Em 2006, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) lançou a campanha ‘Movimento pela Conciliação’ e vem desde então, em parceria com outros órgãos e entidades, promovendo campanhas anuais para a resolução de conflitos e consequente redução de processos judiciais. O Conselho, por meio da Resolução nº 125, de 2010, estipulou que todos os tribunais brasileiros criassem centros de resolução de conflitos para realizar a conciliação e a mediação dos conflitos judicializados, dando enfoque à mediação junto ao Poder Judiciário.

O Conselho Nacional de Justiça é um órgão instituído pela Emenda Constitucional nº 45, de 30/12/2004, com a função de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e deveres funcionais dos magistrados, além do “planejamento estratégico do Judiciário”<sup>1</sup> (CNJ, 2014). A mesma reforma

constitucional criou o Conselho Nacional do Ministério Público, também com atribuições de controle administrativo, financeiro e funcional, e o Conselho Superior da Justiça do Trabalho, este como órgão central e de supervisão administrativa e financeira da Justiça Trabalhista.

## 8 O Código de Processo Civil de 2015

O Novo Código de Processo Civil, procurando infundir a cultura da pacificação entre os protagonistas do processo, em inúmeros preceitos sugere a autocomposição como forma de redução de processos, celeridade e efetividade do Judiciário no Brasil, desenvolvendo uma cultura de autonomia das partes na solução de seus litígios, como ação de cidadania e cooperação com o Judiciário.

Passou a considerar os conciliadores e mediadores como auxiliares da justiça (art. 149 do CPC). Os Tribunais deverão manter um cadastro atualizado de mediadores e conciliadores, devidamente capacitados, constando no registro a respectiva área de atuação de cada profissional cadastrado, como trata o art. 167, do CPC/15. Entretanto, prevê o art. 168 do CPC que os próprios interessados podem livremente escolher um mediador ou conciliador, mesmo que não esteja cadastrado no Tribunal.

Outra novidade trazida pelo novo CPC foi a criação das Câmaras Privadas de Mediação e Conciliação, previstas no art. 167. São empresas devidamente capacitadas e habilitadas que, em conjunto com mediadores e conciliadores, atuarão na pacificação de conflitos judiciais e extrajudiciais, ou seja, em demandas já ajuizadas perante o Poder Judiciário, bem como em caráter preventivo, evitando a instauração de novos processos. (FERNANDES, 2017, p. 59).

O legislador também avançou estipulando a regra de encaminhamento à conciliação ou à mediação, prevista no artigo 334 do Novo CPC. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação. O parágrafo 4º do mesmo artigo determina que a audiência apenas não será realizada se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual ou quando não se admitir a autocomposição. Além disso, o parágrafo 8º desse mesmo

<sup>1</sup> Evento comemorativo de dez anos da Emenda 45. CNJ, dez 2014. Disponível em: [www.cnj.jus.br](http://www.cnj.jus.br).



artigo dispõe também que o não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação deve ser considerado ato atentatório à dignidade da justiça, sujeito a pena de multa.

O CPC/2015 surge como forma de política pública, no intuito de facilitar o acesso dos brasileiros à justiça, uma vez que se espera reduzir o número de demandas e dar celeridade e efetividade aos processos (SPENGLER, 2016, p. 77).

A instituição de uma política pública de tratamento adequado dos conflitos, com estímulo à solução por autocomposição, não é apenas um meio eficaz e econômico de resolução de litígios, mas também um importante mecanismo de desenvolvimento da cidadania, em que os interessados são os protagonistas da construção da decisão jurídica (VASCONCELOS, 2015, p. 273).

Destaque-se também a resolução de conflitos *on-line*, que se desenvolveu a partir da década de 1990 em países como Estados Unidos e Canadá, tornando ainda mais acessível às partes, que, mesmo a distância, podem interagir. Os críticos apresentam o chamado paradoxo da mediação a distância, que é se impor uma distância eletrônica entre as partes, enquanto a mediação é, no geral, uma modalidade oral de resolução de disputas para envolver os participantes em um contato direto interpessoal.

Portanto, afirma-se que a falta da presença física, do contato frente a frente pode prejudicar a atuação do conciliador/mediador e das partes, mas é de se ressaltar a possibilidade de se juntar no mesmo espaço virtual duas ou mais pessoas e o conciliador ou mediador situados em áreas geográficas totalmente diversas, como no sistema de videoconferência, ao vivo ou assíncrona, seja por imagem ou por mensagem.

A tecnologia pode ser usada a favor do mecanismo, vencendo barreiras geográficas, inclusive com redução de custos e de tempo, como já utilizado no Brasil, seja na área judicial ou extrajudicial. Temos o exemplo de conciliações realizadas por meio do sistema WhatsApp, com total êxito, o que comprova sua plena aplicabilidade, já fazendo parte inclusive da cultura negocial. Ademais, recentemente entrou em vigor a Lei 13994, de 24 de abril de 2020, que possibilita a conciliação não presencial nos juizados especiais cíveis, fundamentando o uso de recursos tecnológicos de transmissão de som e imagem em tempo real, a fim de possibilitar o diálogo entre as partes e a busca de um consenso, a fim de dirimir o litígio.

Conforme Sales (2016, p. 986), o papel do advogado é extremamente importante. Ele pode fazer os esclarecimentos ne-

cessários sobre esta forma de resolver conflitos, comentar as suas vantagens e prestar orientações jurídicas sobre o assunto antes e durante a sessão, especialmente na finalização do acordo. Sua função permanece tão relevante quanto na atuação de forma tradicional nos processos judiciais, mas de modo a conduzir a pacificação dos conflitos.

## 9 Da aplicação dos mecanismos na Administração Pública

Os MARCs são uma maneira de resolver litígios com celeridade e aplicável também na Administração Pública Direta e Indireta. O Tribunal de Contas da União, entidade que fiscaliza os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, alterou seu entendimento, da mesma forma a jurisprudência sobre a matéria:

O Tribunal de Contas da União inicialmente era contrário à arbitragem nos contratos administrativos, por afronta aos princípios do direito público, conforme acórdãos 537/2006 e 1.099/2006. Entretanto, a orientação foi modificada, como se vê no acórdão 2145/2013, Rel. Benjamin Zymler, no qual se especificou que “há a possibilidade de cláusula arbitral, desde que justificada técnica e economicamente”. Do ponto de vista jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) aceitou que a Administração participasse de disputa arbitral se houvesse *interesse patrimonial disponível*, conforme decisão datada de 2005 (AR no MS 11.308), na qual se menciona artigo de Arnaldo Wald, Gusmão Carneiro, Alencar e Dourado, em que os autores defendem que: “ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos. Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para defesa do interesse público” (NOHARA, 2018).

Os procedimentos de autocomposição encontram-se respaldados, por exemplo, na Lei nº 13.140/2015, que dispõe sobre mediação, inclusive quando forem partes empresas estatais, na via judicial e extrajudicial (art. 38); e a heterocomposição na Lei nº 13.129/2015, a qual alterou a lei de arbitragem, instituindo esse método na Administração Pública para dirimir conflitos relativos a direitos

patrimoniais disponíveis, “que será de direito e respeitar ao princípio da publicidade” (art. 1º, §3º, Lei nº 9.307/1996).

A Lei nº 13.303/2016, que dispõe sobre as empresas estatais, na parte concernente ao direito societário, em seu artigo 12, parágrafo único, afirma que a sociedade de economia mista pode solucionar, mediante arbitragem, divergências entre acionistas e sociedade, conforme seu estatuto social.

É uma nova forma de resolução de litígios na Administração, com mais celeridade e para a eficiência necessária ao Poder Público.

## 10 As campanhas e os mutirões de conciliação

Pode-se mencionar como um dos movimentos pioneiros na implantação e divulgação dos métodos alternativos de resolução de conflitos o Círculo de Conciliação CAIXA/EMGEA, mutirão na área de habitação, a partir de 2004, na Justiça Federal.

O mutirão é quando determinada parte promove audiências em determinado espaço de tempo, quase sempre dias ou semana, geralmente agrupadas por tipo de processos ou contratos, com ou sem propostas ou descontos específicos.

Em 2006, o Conselho Nacional de Justiça instituiu a Semana Nacional da Conciliação, realizada anualmente, englobando tribunais, juízes, servidores, promotores, defensores públicos e as partes em geral, para fins de incentivar a autocomposição em todos os níveis.

O Prêmio “Conciliar é Legal” foi criado pelo CNJ em 2010 e tem como objetivo identificar, premiar e dar destaque às práticas que buscam a solução de litígios por decisão consensual das partes, em ações que contribuem para a pacificação de conflitos no âmbito da Justiça brasileira. São projetos realizados com a participação de tribunais, magistrados, instrutores de mediação e conciliação, instituições de ensino, professores, estudantes, advogados, usuários, empresas e entes privados com práticas autocompositivas executadas individualmente ou em grupo.

Em 2015, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho implantou a Semana Nacional de Conciliação Trabalhista, com a finalidade de resolver os litígios também na seara da justiça laboral, além da Semana Nacional de Execução Trabalhista.

As conciliações também são objeto de destaque e homenagens no Prêmio *Innovare*, já em sua 16ª edição no ano de 2019, para as principais práticas jurídicas do país de iniciativa de ma-

gistrados, servidores, advogados e instituições públicas e privadas.<sup>2</sup>

É de destacar que a CAIXA já foi premiada três vezes no Prêmio *Innovare*, na categoria Advocacia. Em 2018, foi premiada pelo Acordo Nacional entre poupadores e bancos sobre os planos econômicos, referente a 200 mil ações de poupança resolvidas mediante acordo. Anteriormente, em 2011, foi destaque com menção honrosa, pela iniciativa de audiências coletivas para o acordo do FGTS no Rio de Janeiro; e, em 2012, recebeu o prêmio pela implantação de política de conciliação extrajudicial na CAIXA.<sup>3</sup>

Conforme Relatório da Justiça em Números 2018<sup>4</sup>, referente ao ano anterior, o Poder Judiciário concentrava, em 2017, no 1º grau de jurisdição, 94% do acervo processual e 85% dos processos ingressados no último triênio. Na Justiça Federal, o percentual de casos novos no último triênio era de 87%, na Justiça Estadual era de 88% e na trabalhista de 82%.

Richter, analisando o relatório (2018, p.2), dados referentes a 2017, demonstra que naquele ano foram constatados 80 milhões de processos ativos no país, sendo 94% concentrados no primeiro grau. Dos processos novos no triênio 2015-2017, estavam 85% no 1º grau, ainda aguardando sentença e que o ramo da Justiça que mais fecha acordos é a Justiça Trabalhista, cerca de 25% dos casos. O tempo médio de tramitação até a sentença no 1º grau era de 2 anos e seis meses, de um recurso no Superior Tribunal de Justiça era de 11 meses e no Tribunal Superior do Trabalho, de 14 meses. Na fase de execução, o tempo médio era de seis anos e quatro meses.

Segundo o CNJ, na Semana Nacional de Conciliação de 2018, foram realizados acordos no percentual de 77,48% na Justiça Federal e de 127,39% na Justiça Estadual. Ou seja, nesta última os acordos superaram o número de audiências, haja vista a inclusão do número de acordos sem realização de audiências. Vale ressaltar que o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, no dia

---

<sup>2</sup> Instituto Innovare. Premiações disponíveis no portal [www.premioinnovare.com.br](http://www.premioinnovare.com.br).

<sup>3</sup> O protagonismo do jurídico da CAIXA no Prêmio Innovare 2018 Revista da ADVOCEF, Notícia 13 dez 2018. Acesso em: 04 dez. 2019. Disponível em <<https://www.advocef.org.br/o-protagonismo-do-juridico-da-caixa-no-premio-innovare-2018/>>.

<sup>4</sup> Conselho Nacional de Justiça. Sumário Executivo Justiça em números 2018, p. 1-3; 14-15.

09 de novembro de 2018, teve um índice de 91,47%, resultando em R\$ 19 milhões em acordos homologados nesta SNC.

A Primeira Semana Nacional de Conciliação Trabalhista, em junho de 2015, realizou 68 mil audiências, atendendo a mais de 160 mil pessoas, gerando acordos no total de R\$ 446 milhões. A Segunda Semana Nacional, que ocorreu em junho de 2016, promoveu 68.374 audiências e homologação de 26.840 acordos. Somente para destacar, no período de janeiro a maio foram efetivadas 83.959 audiências conciliatórias, ou seja, em uma semana foram registrados 81,4% do total dos cinco meses anteriores, com valores de R\$ 600 milhões. A Semana Nacional em 2018 promoveu 55.015 audiências, com percentual de 36% de acordos no total de R\$ 870 milhões.

Durante a 8ª Semana Nacional da Execução Trabalhista<sup>5</sup>, em setembro de 2018, foram apurados quase R\$ 720 milhões, com homologação de 8.379 acordos, além de 645 leilões e 27.858 bloqueios de contas bancárias via sistema BacenJud.

O Relatório Justiça em Números 2019 indica uma redução do acervo de processos para 78,7 milhões, ou seja, 2%, com uma concentração de 94% no primeiro grau de jurisdição. O tempo médio até a sentença é de 2 anos e dois meses, e a fase de execução continua a mais demorada, em torno de 5 anos e 11 meses. O número de processos extintos foi de 31,8 milhões e de sentenças atingiu 32,3 milhões. A Justiça do Trabalho continua sendo a que mais resolveu processos através de acordos: índice de 24%.

Na Justiça Estadual, liderado pelos tribunais do Maranhão e da Bahia, ambos com 29,6%, o Tribunal do Ceará teve percentual de 16,1%. O Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região (CE) teve índice de 35,8%, destacando-se o TRT da 9ª Região (PR), com 45,2%, e o TRT 2ª Região (SP), com índice de 38,8%.

Quanto às conciliações, foram proferidas 4,4 milhões de sentenças homologatórias de acordo, sendo 3,7 milhões na fase processual e 700 mil pré-processuais. Como dispõe a planilha a seguir, ressaltando que o índice de conciliação (IC) significa o percentual de decisões e sentenças homologatórias de acordo em relação ao total de sentenças:

<sup>5</sup> Divisão de Comunicação Social do CSJT. Disponível em: <<https://www.csjt.jus.br>>. Acesso: 25 abr, 2019.

Tabela 1 – Quantidade de sentenças e de homologações de acordo (2015-2018).

<b>Ano</b>	<b>2015</b>	<b>2016</b>	<b>2017</b>	<b>2018</b>
Total de sentenças (em milhões)	27,5	30,7	31,4	32,3
Sentenças homologatórias (em milhões)	2,9	3,6	3,7	3,7
Índice de conciliação	11,1%	11,9%	12,1%	11,5%

Fonte: Sumário Executivo Relatório Justiça em Números 2018 e 2019.

Vale destacar, conforme o mesmo relatório, que o Índice de Conciliação, total geral nacional, incluindo as pré-processuais, apresenta o Tribunal Regional Federal da 5ª Região com percentual de 13,8%, o maior índice entre os Regionais Federais.

## 11 Análise dos resultados da Central de Conciliação da Justiça Federal no Ceará

No caso específico da Justiça Federal no Ceará, utilizado como estudo de caso, a Central de Conciliação e Mediação de Conflitos funciona desde novembro de 2016, com salas de conciliação e salas de videoconferência<sup>6</sup>. Composta por um juiz federal coordenador, servidores e conciliadores, realiza audiências (presenciais e a distância) e promove durante todo o ano mutirões, abrangendo inclusive Varas Federais do interior do Estado, em parceria com diversas instituições, tais como CAIXA, Procuradoria da Fazenda Nacional, conselho de classes profissionais, entre outras.

Conforme planilhas de produtividade da Central<sup>7</sup>, no ano de 2018 foram promovidas 2.529 audiências, com 1.316 acordos homologados, índice de conciliação (IC) de 52%. Nas pré-processuais, ou seja, as que ocorrem antes do ajuizamento da ação, foram realizadas 986 audiências e firmados 820 acordos, um IC de 83%. Vale salientar o resultado de junho/2018: índice de 96% nas pré-processuais e de 95% nas audiências processuais.

<sup>6</sup> JFCE inaugura Central de Conciliação e Mediação. Em 18 nov 2016, <<https://www.jfce.jus.br>>. Acesso em: 10 fev. 2020.

<sup>7</sup> Dados fornecidos pela Central de Conciliação e Mediação da Justiça Federal no Ceará, através do Juiz Federal Coordenador Dr. Dartanhan Vercingetórix de Araújo e Rocha e do Supervisor Aguinaldo Bezerra Damasceno.

No ano de 2019, aquela Central promoveu 5319 audiências, com 2460 acordos, índice geral de 46%, envolvendo R\$ 76 milhões, com destaque para o mês de junho, cujos valores atingiram R\$ 62 milhões, decorrentes de mutirões. Em análises comparativas anuais<sup>8</sup>:

Tabela 2 – Resumo anual de conciliações

<b>ANO</b>	<b>2018</b>	<b>2019</b>	<b>Variação</b>
Audiências designadas	3076	6626	+115%
Audiências realizadas	2529	5319	+110%
Acordos homologados	1316	2460	+ 86%
Índice de conciliação	52%	46%	- 6%

Vê-se que o índice de 2019, tal como no ano anterior, manteve-se no patamar próximo a 50%. Como se verifica, o crescimento no número de audiências designadas e efetivadas em relação a 2018 foi acima de 100%, e o número de acordos firmados aumentou 86%.

De acordo com a tabela a seguir, no ano de 2019 pode-se confirmar a relevância também das audiências pré-processuais, atingindo o índice geral de 80%:

Tabela 3 – Resumo anual de conciliações pré-processuais

<b>ANO</b>	<b>2018</b>	<b>2019</b>	<b>Variação</b>
Pré-processuais designadas	1026	1593	55%
Pré-processuais realizadas	986	1150	16%
Acordos homologados	820	925	12%
Índice de conciliação (IC)	83%	80%	- 3%

Segundo os relatórios, em termos mensais, o índice máximo de 100% em abril e outubro; ou seja, em todas as audiências foram firmados acordos. Além disso, registrou-se percentual de 88% em agosto, 86% em setembro e 85% em junho, mês em que os valores homologados foram de R\$ 8 milhões.

Em audiências realizadas em outras fases do processo (processuais), incluindo a audiência inaugural prevista no art. 334

<sup>8</sup> Fonte: Central de Conciliação e Mediação da Justiça Federal no Ceará. Planilhas de produtividade ano 2018 e 2019.

do CPC, o índice de acordo foi também de 100% em maio e de 99% em junho, mês que atingiu o valor homologado de R\$ 53.522.847,37 – com 237 audiências e 235 acordos firmados. Apresenta-se o total consolidado:

Tabela 4 – Resumo anual de conciliações somente processuais

<b>ANO</b>	<b>2018</b>	<b>2019</b>	<b>Variação</b>
Processuais designadas	2050	5033	145%
Processuais realizadas	1543	4169	170%
Acordos homologados	496	1535	209%
Índice de conciliação (IC)	32%	36%	4%

É de se destacar nas audiências processuais o incremento de 209% nos acordos e de 170% no número de audiências entre os anos de 2018 e 2019, elevando o IC para o patamar de 36% em 2019. Lembrando que o índice de conciliação das pré-processuais foi de 80% no mesmo período, bem acima do índice nacional de 11,5% em 2018 (Tabela 1).

O crescimento das quantidades de audiências e de acordos, ressaltando o índice de 100% de conciliação em alguns meses, comprova a efetividade do sistema e sua repercussão em termos de redução de processos, inclusive antes do ajuizamento de ações.

Grande destaque para os períodos de mutirão. A CAIXA também participa de várias campanhas durante o ano, em que são convidados os clientes, em ações ajuizadas ou não, para um determinado local, geralmente a Central de Conciliação, em um certo período, quase sempre com propostas específicas para aquele mutirão, com divulgação na imprensa, na internet e em outros meios de comunicação, tendo se verificado alto percentual de acordos, o que demonstra que as variáveis espaço (E), tempo (T), proposta (P) e divulgação (D) estão intimamente relacionadas ao êxito do sistema.

Destarte, analisando-se o caso específico da Justiça Federal no Ceará, pode-se comprovar a relevância das audiências processuais, pré-processuais e de mutirões como meios de favorecer a conciliação, prevenindo e solucionando conflitos judiciais.

## Conclusão

Os meios alternativos de resolução de conflitos tornam a sociedade menos litigiosa, promovendo a paz social, reduzem



processos em tramitação, evitam ajuizamento de novas ações, reduzem o custo do Judiciário, diminuem a quantidade de recursos nos tribunais superiores. É uma iniciativa de repercussão social já demonstrada em outros países.

Discutiu-se sua relevância para o sistema judiciário brasileiro, vez que tem ampla capacidade de redução de processos judiciais e de melhorar as condições de acesso à Justiça, além da resolução de conflitos com celeridade, a partir do próprio diálogo entre as partes e promovendo aumento da convivência harmônica na sociedade.

Foram analisados resultados de várias campanhas e mutirões de conciliação, na Justiça Federal, Estadual e Trabalhista e, especificamente, o desempenho da Justiça Federal no Ceará, como estudo de caso, demonstrando os altos índices de efetividade.

É uma mudança de paradigma, com soluções a partir das próprias partes. Como demonstrado, o percentual de acordos tem forte repercussão na redução de litígios na sociedade brasileira, na celeridade e efetividade da Justiça. É alternativa ao modelo tradicional de expansão do Judiciário para resolver litígios.

Portanto, os meios alternativos atuam em complementaridade com a Justiça, auxiliando na resolução dos litígios pelas próprias partes, sendo questão também de política pública, pois assegura acesso à Justiça e por haver participação da Justiça Estatal no procedimento, ficam asseguradas a legalidade e a eficácia das soluções consensuais celebradas pelas partes.

## Referências

- AZEVEDO, André G e BUZZI, Marco A. **Novos desafios para a mediação e conciliação no novo CPC: artigo 334**. In: <www.conjur.com.br>. 2016. Acesso em: 29 mar. 2019.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **RESOLUÇÃO nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Brasil. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. In: <www.cnj.jus.br/busca-atosadm?documento=2579>. Acesso em: 01 dez. 2017.
- \_\_\_\_\_. **Reforma constitucional que criou CNJ completa dez anos**. Dez 2014. In: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 29 dez. 2018.
- \_\_\_\_\_. **Justiça em números 2018**. (2018). In: <www.cnj.jus.br>.

\_\_\_\_\_. **Sumário Executivo Justiça em números 2018**. *In*: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 27 jun. 2019.

\_\_\_\_\_. **Justiça em números 2019**. (2019). *In*: <www.cnj.jus.br>.

\_\_\_\_\_. **Sumário Executivo Justiça em números 2019**. *In*: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 07 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. *In*: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. **DECRETO-LEI nº 5.452, de 01 de maio de 1943**. Brasil. Consolidação das Leis do Trabalho. *In*: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. **EMENDA CONSTITUCIONAL nº 45, de 30 de dezembro de 2004**. Brasil. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. *In*: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 29 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Brasil. Dispõe sobre o direito do consumidor. *In*: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 26 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.037 de 23 de setembro de 1996**. Brasil. Dispõe sobre a arbitragem. *In*: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30 abr. 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995**. Brasil. Dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais. Recuperado de <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.259 de 12 de julho de 2001**. Brasil. Dispõe sobre os juizados especiais federais. *In*: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 26 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Brasil. Dispõe sobre o código civil. *In*: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 26 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.105 de 13 de março de 2015**. Brasil. Dispõe sobre o código de processo civil. *In*: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Brasil. Dispõe sobre a mediação. *In*: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 10 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016**. Brasil. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. *In*: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 02 mai. 2019.

CABRAL, Marcelo M. **Os meios alternativos de resolução de conflitos: instrumentos de ampliação do acesso à Justiça**. Coleção Administração judiciária. Porto Alegre, vol. XIV, jun 2013.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DIAS, Luciano S.; FARIA, Kamila C. **A Mediação e a Conciliação no Contexto do Novo Código de Processo Civil de 2015**. Revista Constituição e Garantia de Direitos, 2016. *In*: <<https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/viewFile/9990/7083>>. Acesso em: 01 fev. 2018.

ELIAS, Norbert. **Introdução à Sociologia**. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2008.

FERNANDES, Sônia C. **O novo modelo multiportas de solução dos conflitos e a novidade trazida pelo Código de Processo Civil – Câmaras de mediação e conciliação**. Abril de 2017. *In*: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI257653,21048-+novo+modelo+multiportas+de+solucao+dos+conflitos+e+a+novidade>>. Acesso em: 01 fev. 2018.

LEITE, Gisele. **Um breve histórico sobre a mediação**. *In*: <[www.professoragiseleite.jusbrasil.com.br/artigos/437359512](http://www.professoragiseleite.jusbrasil.com.br/artigos/437359512)>. 2017. Acesso em: 30 abr. 2019.

MORAES, Monica Rodrigues C. **A jurisdição da paz: a nova justiça humanizada do século XXI**. São Paulo: LTr, 2012.

NASCIMENTO, Meire R. do. **Mediação como Método de Solução Consensual de conflitos: defi-**

**nição, modelos, objeto, princípios, previsão no CPC 2015, fases e técnicas, papéis do advogado e do Ministério Público**. Revista FONAMEC – Rio de Janeiro, v. 1, nº1, p. 321-337, mai. 2017.

NOHARA, Irene Patrícia. **Arbitragem nos contratos administrativos de infraestrutura e interesse patrimonial disponível: a fênix ou o cavalo de tróia**. 2018a. Disponível em: <[www.genjuridico.com.br](http://www.genjuridico.com.br)>. Acesso em: 26 jan. 2019.

RICHTER, André. **Pesquisa do CNJ aponta 80 milhões de processos em tramitação no país**. *In*: <[www.agenciabrasil.com.br/noticia](http://www.agenciabrasil.com.br/noticia)>, pub. 27 ago. 2018. Acesso em: 25 jun. 2019.

SALES, Lília M. de M. **Técnicas de mediação de conflitos e técnica da reformulação – novo paradigma e nova formação para os profissionais do Direito**. Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 21 - n. 3 - set-dez 2016 Doi: 10.14210/nej. V.21 n2, p. 940-958. *In*: <[www.univali.br/periodicos](http://www.univali.br/periodicos)>. Acesso em: 25 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. **A mediação de conflitos – lidando positivamente com as emoções para gerir conflitos**. Revista Pensar, v. 21, n. 3, p. 965-986, set/dez 2016.

SANTOS, José Vicente T. **A violência simbólica: o Estado e as práticas sociais**. Revista crítica de ciências sociais (on line). 2015. *In*: <<http://journals.openedition.org/rccs/6169>>. Acesso em: 02 mai. 2019.

SPENGLER, Fabiana M e SPENGLER NETO, Theobaldo. **Mediação, conciliação e arbitragem**. FGV Editora, 2016.

VASCONCELOS, Carlos E. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. Ed. Método, 6. ed. São Paulo, 2015.

VILLALUENGA, Letícia. **Disciplina de Legislação nacional e internacional sobre mediação e outros procedimentos de resolução de conflitos**. FUNIBER, 2016. In: <[www.inspirar.com.br](http://www.inspirar.com.br)>. Acesso em: 28 nov. 2019.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Tradução Régis Barbosa; Karen Elisabete Barbosa Brasília, Editora UnB, v.2, 2004.

## ANEXO

### CARTILHA DA CONCILIAÇÃO

#### Floriano Benevides de Magalhães Neto

Trata-se da abordagem de conflitos e meios de resolução, Sua origem, história, ressurgimento como política de Estado Das tribos antigas ao sistema atual multiportas, sua tradição Também a análise da conciliação no Brasil e seu resultado.

O conflito, vale destacar, é também forma de evolução Assim como o confronto de ideias, indo nessa dialética É o conhecimento se desenvolvendo, eterna mutação Em diversas questões, ciência, sociedade, com ética.

Resolver litígios, agora não mais só dizendo o direito Deixar o povo retornar às suas origens, à sua memória Pela autonomia, pela conversa, diálogo muito estreito, Consenso, sem recursos, fazendo, mudando a história.

Paz é um conceito amplo, complexo a ser analisado É bem mais do que a ausência de guerra territorial Remonta a Hobbes, a Rosseau, à formação do Estado À existência de conflitos e busca da pacificação social.

O círculo, forma geométrica de equidade e harmonia Na conciliação e mediação como aspecto fundamental Com a participação de agentes do Estado, democracia Reduzir processos na fase processual e pré-processual.

Auto e heterocomposição são os meios de resolver conflitos  
Na heterocomposição há decisão de terceiro e é vinculante  
Na autocomposição as próprias partes chegam ao veredicto  
O terceiro pode ser o árbitro ou o titular do poder judicante.

Há autocomposição de forma coletiva e individual  
Ouvindo as partes separadamente ou em conjunto  
Destaque há séculos para a mediação internacional  
Que na História evitou guerras e pacificou o mundo.

A conciliação e a mediação possuem destacado valor  
Mostram os números que dão à Justiça mais efetividade  
Seja na primeira, segunda instância ou tribunal superior  
Com relevante participação do advogado na atividade.

E segundo a doutrina a clássica forma de diferenciação  
O conciliador procura atuar na sessão de modo mais ativo  
O mediador busca aproximar as partes para a solução  
Modelo de modernidade e tradição no meio alternativo.

Assim, mediação e conciliação são diferentes, vamos separar,  
A primeira objetiva dos relacionamentos a reconstrução  
Seja em questão penal, seja escolar, comunitária ou familiar  
Forma simples de se entender o mecanismo da mediação.

Autocomposição, inclusive, possui outras modalidades  
Menos utilizadas, mas são formas conhecidas e efetivas  
Resolver conflitos e litígios como principais finalidades  
Com menos destaque, porém são também alternativas.

Existem sistemas *on line*, inclusive a nível internacional,  
Tem princípios, tais como confidencialidade, autonomia  
Em vários países e continentes já é método tradicional  
Política pública de acesso à Justiça com mais economia.

Outros princípios básicos são neutralidade e independência  
Conciliador e mediador agentes públicos com imparcialidade  
Liberdade de participação das partes em sua efervescência,  
Sistema tribunal multiportas, autocomposição com efetividade.

Sistema utilizado desde o tempo antigo  
Pelos conselheiros, reis, governantes,  
Tradição judaica, Mesopotâmia, Egito  
Hoje a decisão é dos próprios litigantes.

Nos tempos antigos era das tribos a decisão  
Na Idade Média era a Igreja pela mediação papal  
Na Idade Moderna o Estado incorporou a função  
E os meios alternativos ressurgem na época atual.

Quanto a conflitos resolvidos por mediação internacional,  
Disputas por territórios, mares, colônias, ilhas  
Temos, por exemplo, a questão entre Espanha e Portugal  
Resolvida pelo famoso Tratado de Tordesilhas

O mecanismo nos Estados Unidos se desenvolveu  
Trazendo toda uma história e grande tradição  
Atingiu a América Latina, África e continente europeu  
O Tribunal Multiportas, a sua moderna versão.

Ressalte-se o Sistema Multiportas, assim se pode explicar  
As partes decidem, mas o Judiciário também está presente  
É o direcionamento de processos para conciliar ou mediar  
Em centros judiciários e suas centrais, por seus agentes

O sistema ressurgiu no contexto pós-segunda guerra  
Com respaldo na ação comunicativa, da sociologia  
Resolver conflitos pelo diálogo, sem destruir a Terra  
O mecanismo como reflexo no Direito dessa teoria.

No tema há países bem mais avançados na América Latina,  
Mas o Brasil está crescendo bastante em prática e legislação  
Ainda atrás de nações como o México, Chile e a Argentina  
Destacam-se eventos como Semana Nacional de Conciliação.

Autocomposição é destaque desde a CLT no Brasil,  
Década de 40, início da Era Vargas, Nova República,  
Ênfase em 2015 no novo Código de Processo Civil  
E agora também prevista para a administração pública.

A partir de 1990 o sistema foi sendo implantado no Brasil  
Para reduzir recursos e o número de processos em tramitação  
Juizado especial, resoluções CNJ, Código de Processo Civil,  
As condições de admissibilidade, precedentes e conciliação.

Em 2010 o Conselho Nacional expediu regulamento  
A Resolução 125, tornando no país o sistema efetivo  
Com regras, princípios, estrutura e os procedimentos  
Que implantaram definitivamente os meios alternativos.

O CNJ promove o INNOVARE e o “Conciliar é Legal”  
Tendo a CAIXA inclusive sido destaque em premiação  
Desde dois mil e seis com edições da semana nacional  
Arrecadando-se em dois mil e dezoito um e meio bilhão.

A CAIXA nos acordos de FGTS teve menção honrosa  
Premiada nos acordos de poupança, repercussão nacional  
Empresa pública federal centenária de história gloriosa,  
Premiada também pelo projeto conciliação extrajudicial.

Desde o ano de 2015 as semanas nacionais trabalhistas  
Com a participação das partes, juízes e cortes regionais  
Ao lado de conciliadores, de profissionais e especialistas  
Arrecadados em 2018 oitocentos milhões de reais.

Em 2018 um total de 78 milhões de processos ativos,  
Redução de dois por cento no número geral de ações  
Reflexos das metas CNJ e do uso dos meios alternativos  
E na semana nacional acordos no total de 1,5 bilhão.

No relatório 2019 do CNJ setenta e oito milhões de processos  
Além de 3,7 milhões conciliados, isto é, onze e meio por cento  
Em quinze anos primeira redução de acervo, grande sucesso,  
E acordos pré-processuais e processuais com incremento.

Noventa por cento de processos no primeiro grau,  
Dois anos até a sentença, são números pesquisados  
Encerrar processos, litígios, buscar a paz social  
É fundamental para se tentar melhorar os resultados.

Conforme o relatório de conciliação de 2018  
Em termos de audiências pré e processuais  
O TRF da 5ª Região registrou índice de 13,8  
O melhor resultado dentre os cinco tribunais.

Na Justiça Federal o Ceará é muito destacado  
Índice de conciliação de até 100% na Central  
Com várias entidades mutirões são realizados  
Resolvendo conflitos e promovendo paz social

Também destaque do Ceará na Justiça Estadual  
Ao lado de Estados como o Maranhão e a Bahia  
Com um índice de conciliação de 16,1 percentual  
O Poder Judiciário e a população em parceria.

Para realizar sessão via internet não existe distância  
Assim, em tempos de pandemia e isolamento social,  
A conciliação demonstra ainda mais sua importância  
Promovendo a solução de conflitos no espaço virtual.

De todo o exposto, podemos chegar a uma conclusão  
Resolver litígios pode ser complexo pelo meio tradicional,  
Como em vários países usar outros meios de resolução  
É uma boa alternativa para se agilizar o processo nacional.

Caixa Econômica, uma pioneira, mais e mais conciliando,  
Fazendo descontos, campanhas, programas e mutirões  
Com as políticas de acordo há muitos anos participando  
Sendo premiada e extinguindo centenas, milhares de ações.





**PARTE 2**

**JURISPRUDÊNCIA**



# Supremo Tribunal Federal

**Repercussão geral. SFH. CEF administradora do FCVS. Competência da Justiça Federal.<sup>1</sup>**

## EMENTA OFICIAL

Recurso extraordinário. Repercussão geral. 2. Sistema Financeiro da Habitação (SFH). Contratos celebrados em que o instrumento estiver vinculado ao Fundo de Compensação de Variação Salarial (FCVS) - Apólices públicas, ramo 66. 3. Interesse jurídico da Caixa Econômica Federal (CEF) na condição de administradora do FCVS. 4. Competência para processar e julgar demandas desse jaez após a MP 513/2010: em caso de solicitação de participação da CEF (ou da União), por quaisquer das partes ou intervenientes, após oitiva daquela indicando seu interesse, o feito deve ser remetido para análise do foro competente: Justiça Federal (art. 45 c/c art. 64 do CPC), observado o § 4º do art. 1º-A da Lei 12.409/2011. Jurisprudência pacífica. 5. Questão intertemporal relativa aos processos em curso na entrada em vigor da MP 513/2010. Marco jurígeno. Sentença de mérito. Precedente. 6. Deslocamento para a Justiça Federal das demandas que não

possuíam sentença de mérito prolatada na entrada em vigor da MP 513/2010 e desde que houvesse pedido espontâneo ou provocado de intervenção da CEF, nesta última situação após manifestação de seu interesse. 7. Manutenção da competência da Justiça Estadual para as demandas que possuem sentença de mérito proferida até a entrada em vigor da MP 513/2010. 8. Intervenção da União e/ou da CEF (na defesa do FCVS) solicitada nessa última hipótese. Possibilidade, em qualquer tempo e grau de jurisdição, acolhendo o feito no estágio em que se encontra, na forma do parágrafo único do art. 5º da Lei 9.469/1997.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, dar provimento ao

<sup>1</sup> Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344110630&ext=.pdf>>.

recurso, nos termos do voto do Relator.

Brasília, Sessão Virtual de 19 a 26 de junho de 2020.

GILMAR MENDES, Relator.  
RE 827.996. DJe 21/08/2020.

## RELATÓRIO

### **O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR):**

Trata-se, na origem, de ação ordinária de responsabilidade de obrigação securitária ajuizada pelos recorridos (mutuários do Sistema Financeiro da Habitação) na Justiça Estadual do Paraná, em face de Sul América Companhia Nacional de Seguros, com a finalidade de receber indenização referente ao valor necessário para a reparação dos imóveis, acrescida de juros moratórios e de correção monetária, bem como aplicação da multa prevista contratualmente.

Alega-se que os imóveis adquiridos pelo Sistema Financeiro de Habitação teriam vícios estruturais, com risco de desmoronamento e que, com base na apólice de seguro firmada, a seguradora seria responsável pelos danos.

Em sua contestação, a seguradora apresenta as seguintes questões de ordem preliminar: i) ilegitimidade passiva, ante a Medida Provisória 513/2010, convertida na Lei 12.409/2011, que teria transferido os direitos e obrigações do Seguro Habitacional do Sistema Finan-

ceiro de Habitação (SH/SFH) ao Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS); ii) ilegitimidade ativa; e iii) carência de ação.

O Juízo da 5ª Vara Cível de Maringá/PR proferiu decisão interlocutória, declarando a inconstitucionalidade da MP 513/2010, bem como afastando as preliminares apontadas.

Irresignada, a Sul América Companhia Nacional de Seguros interpôs agravo de instrumento, requerendo a reforma da decisão impugnada, com o acolhimento das preliminares arguidas.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade, deu provimento ao recurso para, diante da verificação de que as apólices envolvidas seriam públicas, decretar a incompetência da Justiça Estadual, com remessa dos autos à Justiça Federal. Eis a ementa do acórdão (fls. 409/419, eSTJ - v. 5):

"AGRAVO DE INSTRUMENTO RESPONSABILIDADE SECURITÁRIA - SEGURADO FIRMADO POR FORÇA DE CONTRATO DE MÚTUO HABITACIONAL - VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO - INTERVENÇÃO DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL E DA UNIÃO NO FEITO - PROVA DE QUE OS AUTORES ESTÃO VINCULADOS À APÓLICE PÚBLICA, DENOMINADA 'RAMO 66' - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. RECURSO PROVIDO".

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

Inconformados, os autores interpuseram recurso especial, inadmitido na origem.

Interposto agravo em recurso especial, o relator monocraticamente, deu provimento ao recurso para firmar a competência da Justiça Estadual para o julgamento da controvérsia. Essa decisão foi confirmada pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do agravo regimental interposto pela Sul América Companhia Nacional de Seguros, nos seguintes termos:

"AGRAVO REGIMENTAL. AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. SEGURO HABITACIONAL. VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO. FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO COM A CEF. DESNECESSIDADE. JUNTADA DE DOCUMENTO NOVO. IMPOSSIBILIDADE. 1.- 'Nas ações envolvendo seguros de mútuo habitacional no âmbito do SFH, a CEF detém interesse jurídico para ingressar na lide como assistente simples somente nos contratos celebrados de 02/12/1988 a 29/12/2009 - período compreendido entre as edições da Lei n. 7.682/88 e da MP n. 478/09 - e nas hipóteses em que o instrumento estiver vinculado ao FCVS (apólices públicas, ramo 66). Ainda que compreendido no mencionado lapso temporal, ausente a vinculação do contrato ao FCVS (apólices pri-

vadas, ramo 68), a CEF carece de interesse jurídico a justificar sua intervenção na lide. Ademais, o ingresso da CEF na lide somente será possível a partir do momento em que a instituição financeira provar documentalmente o seu interesse jurídico, mediante demonstração não apenas da existência de apólice pública, mas também do comprometimento do FCVS, com risco efetivo de exaurimento da reserva técnica do FESA, colhendo o processo no estado em que este se encontrar no instante em que houver a efetiva comprovação desse interesse, sem anulação de nenhum ato anterior.' (EDcl nos EDcl no REsp 1.091.363, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. MARIA ISABEL GALLOTTI, Rel<sup>a</sup>. p/ Acórdão Min<sup>a</sup>. NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, data do julgamento 10/10/2012). 2.- Ao que se depreende, tais requisitos não foram demonstrados no Acórdão recorrido, não havendo que se falar, portanto, na existência de interesse jurídico da CEF em integrar a lide. 3.- A juntada de documento novo, objetivando demonstrar o comprometimento do FCVS, não é admitida nesta sede excepcional (CPC, art. 397 e RISTJ, art. 141, II). 4.- Agravo Regimental improvido". (fls. 711/712, e-STJ - v.8)

Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados (fls. 786/793, e-STJ - v. 8).

Contra esse acórdão, Sul América Companhia Nacional de Seguros interpôs o presen-

te recurso extraordinário, com fundamento no artigo 102, alínea "a", da Constituição Federal (fls. 800/813, e-STJ - vol. 9).

Nas razões recursais, a parte recorrente alega, preliminarmente, a existência de repercussão geral e, no mérito, aponta violação aos arts. 5º, XXXV, e 109, I, da Constituição Federal.

Sustenta que o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, ao impor condicionantes ao ingresso da Caixa Econômica Federal nos autos - mesmo após a empresa pública ter declarado seu interesse jurídico no feito -, limitando a atuação da Justiça Federal na causa, teria ofendido os dispositivos constitucionais acima mencionados.

Aduz, ainda, *in verbis*, que:

"De outra sorte, as condicionantes impostas, a par do manifesto equívoco em relação ao estabelecimento do prazo de 2.1.1988 como início do período em que haveria o comprometimento do FCVS aos contratos celebrados no âmbito do SFH (...) afrontam, também, a Constituição Federal, eis que ao exigir a comprovação do comprometimento do FCVS no caso concreto, a decisão viola o artigo 5º, inciso LXXIX, da CF, por impedir o acesso da CEF e da União Federal à justiça. Isto porque, a comprovação, em cada caso concreto, do comprometimento do FCVS na cobertura das apólices, somente poderá ocorrer, efetivamente, em

execução de sentença, oportunidade em que não é mais cabível a arguição de incompetência absoluta do Juízo, em face do trânsito em julgado do processo.

(...)

A competência da Justiça Federal para apreciar a presente ação decorre do interesse jurídico da Caixa Econômica Federal, enquanto administradora do Fundo de Compensação de Valores Salariais - FCVS, e da União Federal, nos termos das disposições da Lei Federal nº 12.409/11, que autorizou o Fundo de Compensação de Valores Salariais - FCVS, gerido pela Caixa, a assumir os direitos e obrigações do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro de Habitação.

(...)

O FCVS não tem personalidade jurídica, daí decorre a necessidade de integração da lide pela CEF, não na condição de agente financeiro, mas sim como empresa investida dos poderes de gerência para administração de referido fundo. Em sendo a CEF a representante judicial e extrajudicial dos interesses do FCVS, inegável seu interesse em integrar a lide nos processos judiciais que envolvam o SH/SFH de forma geral".

Admitido o recurso extraordinário, vieram os autos a esta Corte.

A União requereu sua intervenção no feito com o consequente encaminhamento dos autos à Justiça Federal de pri-

meiro grau e a citação da Caixa e do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro de Habitação para integrarem a lide na condição de litisconsortes passivas (eDOC 17).

Em seguida, a Caixa Econômica Federal também requereu seu ingresso na lide e a definição da Justiça Federal como competente para julgar a ação (eDOC 20).

A Procuradoria-Geral da República manifesta-se pelo não conhecimento do recurso (eDOC 42).

Em 29.5.2018, neguei seguimento ao recurso extraordinário por entender que se trata de ofensa meramente reflexa às normas constitucionais, bem como ante a incidência da Súmula 279/STF ao caso dos autos (eDOC 43).

Interposto pedido de reconsideração (eDOC 44), recebido como agravo regimental, reconsiderarei a decisão anterior para melhor análise dos autos (eDOC 60).

Em seguida, Leonardo Benite e outros suscitaram arguição de impedimento (eDOC 64).

Em 5.10.2018, esta Corte reconheceu a repercussão geral da matéria questionada nestes autos, cujo tema foi assim resumido:

"Controvérsia relativa à existência de interesse jurídico da Caixa Econômica Federal para ingressar como parte ou terceira interessada nas ações en-

volvendo seguros de mútuo habitacional no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação e, consequentemente, à competência da Justiça Federal para o processamento e o julgamento das ações dessa natureza".

Em 18.10.2018, deferi o ingresso, no feito, da União, nos termos do art. 5º, parágrafo único, da Lei 9.649/1997, da Caixa Econômica Federal e da Federação das Associações dos Moradores de Núcleos de COHAB e Similares no Estado do Pernambuco (FEMOCOHAB/PE), na qualidade de amici curiae, tendo em vista a especificidade do tema discutido e a repercussão social da controvérsia (eDOC 99).

A recorrente, a União, a Caixa Econômica Federal e a CNSeg formularam pedidos de suspensão nacional de todos os processos pendentes, individuais e coletivos, que versem sobre a matéria debatida nestes autos - tema 1011 da repercussão geral (eDOCs 100, 122, 135 e 145).

Os recorridos formularam pedido incidental de inconstitucionalidade da Lei 12.409/2011, sustentando violação dos artigos 5º, incisos XXII, XXIV, XXXII, e LIV; 37, inciso V, e 170 da Constituição Federal (eDOC 124).

A Federação das Associações dos Moradores de Núcleos de COHAB e Similares no Estado do Pernambuco (FEMOCOHAB/PE) peticiona alegando fato

novo relevante, capaz de ensejar a perda de fundamento do recurso, qual seja: a edição da Resolução CCFCVS 438/2018 pelo Conselho Curador do FCVS (CCFCVS - órgão normatizador do seguro habitacional e das aplicações do fundo), a qual teria extinguido a Resolução CCFCVS 391/2015, que facultava às seguradoras se ressarcirem das indenizações judiciais junto à "subconta específica do FCVS". (eDOC 138)

A Câmara de Vereadores do Município de Paulista/PE, a Confederação Nacional das Associações de Moradores (CONAM), e a Câmara de Vereadores do Município de Jaboatão dos Guararapes/PE peticionaram manifestando-se pelo indeferimento do pedido de suspensão nacional dos processos (eDOCs 133, 143 e 150).

A Câmara de Vereadores do Município de Abreu e Lima manifestouse solicitando que a mediação nacional do Superior Tribunal de Justiça seja preservada e estimulada como solução equalizadora dos interesses envolvidos (eDOC 152).

Em 25.2.2019, rejeitei a arguição de impedimento postulada pelos recorridos e deferi a admissão da CNSeg como amicus curiae. Contra essa decisão, foram opostos embargos de declaração, que não foram conhecidos (eDOC 203).

É o relatório.

## VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES (RELATOR): O cerne da questão consiste em definir os contornos da norma do art. 109, I, da Constituição Federal, nas causas securitárias de imóveis residenciais, nas quais a Caixa Econômica Federal - empresa pública federal - indica possuir interesse por ser legalmente designada como administradora do Fundo de Compensação da Variação Salarial (FCVS).

Eis o texto constitucional:

"Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, réus, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho".

Para tanto, é necessário analisar a correta extensão da citada norma na hipótese de estar presente interesse da Caixa Econômica Federal.

### **1) Manutenção do julgamento no Plenário Virtual**

A Resolução 642, de 14 de junho de 2019, com as alterações procedidas pela Resolução 669, de 19 de março de 2020, assim disciplina o tema:

"Art. 1º. Todos os processos de competência do Tribunal pode-



rão, a critério do relator ou do ministro vistor com a concordância do relator, ser submetidos a julgamento em listas de processos em ambiente presencial ou eletrônico, observadas as respectivas competências das Turmas ou do Plenário.

§ 1º. Serão julgados preferencialmente em ambiente eletrônico os seguintes processos:

I - agravos internos, agravos regimentais e embargos de declaração;

II - medidas cautelares em ações de controle concentrado;

III - referendo de medidas cautelares e de tutelas provisórias;

IV - **demais classes processuais, inclusive recursos com repercussão geral reconhecida**, cuja matéria discutida tenha jurisprudência dominante no âmbito do STF (...)

Art. 4º. Não serão julgados em ambiente virtual as listas ou os processos com pedido de destaque feito:

I - por qualquer ministro;

II - por qualquer das partes, desde que requerido até 48 (quarenta e oito) horas antes do início da sessão e **deferido pelo relator**". (grifo nosso)

De fato, é possível as partes requererem, no prazo de 48 horas antes do início da sessão, pedido de destaque. Todavia tal pleito fica condicionado ao deferimento do relator.

No caso concreto, verifico que a presente demanda tramita há mais de onze anos no Poder Judiciário (e quase seis

anos nesta Suprema Corte), razão pela qual eventual retirada da ação da pauta do ambiente virtual e sua posterior inclusão na pauta do plenário físico alongaria ainda mais sua tramitação, haja vista a sobrecarga de processos em andamento no Plenário da Casa.

Mediante simples pesquisa realizada no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pautainicio>), é possível constatar que seguem, sem definição de data para julgamento, 913 (novecentos e treze) processos, entre os quais, cito, a AR 1.622, de minha relatoria, a qual aguarda inclusão em pauta pela Presidência desta Corte desde 8.3.2013, ou seja, há mais de sete anos.

Além disso, com as inovações realizadas pela Resolução 669, de 19 de março de 2020, é possível que as sustentações orais sejam encaminhadas por meio eletrônico, as quais estão anexadas ao presente julgamento e foram assistidas pelos Ministros (que somente podem votar após realizarem tal procedimento de visualização de todas as sustentações orais), com ampla publicidade, inclusive no sítio eletrônico do STF, na consulta processual do RE 827.996, na aba "Sessão Virtual".

Assim, mostra-se compatível com a atual realidade deste e

dos demais Tribunais da Federação a manutenção do presente julgamento no âmbito virtual, eis que visa a propiciar tramitação mais célere aos feitos de sua competência, mormente em época de sérias restrições sociais em decorrência da pandemia da Covid-19 (Sars-CoV-2), motivo pelo qual indefiro o pedido de destaque.

## **2) Relato histórico do Seguro Habitacional (SH) do Sistema Financeiro de Habitação (SFH)**

Para situar a temática, considero importante contextualizar o seguro habitacional (SH) do SFH no âmbito temporal.

Até a década de 30, não existiam políticas públicas direcionadas para tentar resolver o problema do *déficit* habitacional no Brasil, sendo tal questão de responsabilidade do setor privado.

A partir desse marco, iniciam-se políticas públicas sobre o tema, devido ao processo de industrialização e todo o problema da habitação irregular daí decorrente, tomando o governo brasileiro as primeiras medidas para tentar solucionar o problema da moradia popular, passando a construir os primeiros conjuntos habitacionais.

Em 1964, em razão da necessidade de promover maiores investimentos habitacionais, o Governo Federal editou a Lei

4.380/1964, que deu origem ao Sistema Financeiro da Habitação (SFH), cujo papel principal era fomentar condições que facilitassem a construção e a aquisição da casa própria, buscando beneficiar principalmente a população de baixa renda.

Além disso, a referida lei criou o Banco Nacional da Habitação (BNH - de capital integral da União, art. 25), as sociedades de crédito imobiliário, as letras imobiliárias e o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo (SFHU), e o **Seguro Habitacional (SH), este de contratação obrigatória**.

Ao BNH foi atribuída a competência de manter seguros de vida aos mutuários do SFH (art. 17, V) e fixar as condições em que a rede seguradora privada nacional operaria nas modalidades de seguro nela previstas (art. 18, IX).

A Resolução 25/1967 do Conselho de Administração do BNH criou o Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS), com a finalidade de garantir ao mutuário o limite de prazo para amortização de sua dívida junto ao Sistema Financeiro da Habitação (SFH), de forma que o reajuste (correção monetária) das prestações guardasse correlação com a variação salarial da categoria do mutuário, além de ser uma contrapartida da União para dar tranquilidade aos

tomadores dos financiamentos habitacionais. O referido fundo institucional, público, decorria de política pública de intervenção estatal, com vistas ao equilíbrio econômico-financeiro do financiamento habitacional e à higidez de todo o SFH.

O FCVS permitia que os reajustes no valor das prestações entrassem em compasso com os reajustes do salário mínimo e que a diferença entre essa variação e a variação real da inflação pudesse ser coberta pelo FCVS, respeitando as regras vigentes. O fundo era capitalizado por meio de uma sobretaxa que foi aplicada nas prestações dos financiamentos.

Desse modo, o FCVS assegurava às instituições financiadoras o ressarcimento de eventuais saldos devedores residuais de financiamentos habitacionais efetuados no âmbito do SFH, decorrentes do descompasso entre as formas de reajuste das prestações e dos saldos devedores.

Evidenciando as dificuldades do mercado segurador em atender às necessidades do SFH, sobreveio o Decreto-Lei 73/1966 - que instituiu o Sistema Nacional de Seguros Privados -, o qual permitiu a garantia do BNH às operações do SFH que não encontrassem cobertura no mercado nacional, a saber:

"Art. 15 (...)  
Parágrafo único. O Banco Na-

cional da Habitação poderá assumir os riscos decorrentes das operações do Sistema Financeiro da Habitação que não encontrem cobertura no mercado nacional, a taxas e condições compatíveis com as necessidades do Sistema Financeiro da Habitação".

Em cumprimento a tal norma, em 1970, foi instituído o Seguro Habitacional pela Apólice Única de Seguro Habitacional do Sistema Financeiro de Habitação (atualmente chamada "apólice pública" ou "ramo 66"), formado por consórcio com participação majoritária do governo, via Instituto de Resseguros do Brasil (IRB) e o BNH.

Em 1986, o BNH foi extinto. A Superintendência Nacional de Seguros Privados (Susep), por meio da Resolução 24/1987, autorizou o IRB a gerir o Fundo de Equalização de Sinistralidade da Apólice de Seguros (Fesa) do Sistema Financeiro da Habitação.

Em 1988, os recursos do FCVS passaram a garantir o equilíbrio do seguro habitacional do SFH, consoante disposição do Decreto-Lei 2.406/1988, com redação dada pelo Decreto-Lei 2.476/1988, a saber:

"Art. 1º. O Decreto-Lei nº 2.406, de 5 de janeiro de 1988, passa a vigorar com as seguintes modificações:

'Art. 2º. O Fundo de Compensação de Variações Sa-

lariais - FCVS será estruturada por decreto do Poder Executivo e seus recursos destinam-se a:

I - garantir o equilíbrio do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação, permanentemente e a nível nacional; e

II - quitar, junto aos agentes financeiros, os saldos devedores remanescentes de contratos de financiamento habitacional, firmados com mutuários finais do Sistema Financeiro da Habitação.

Parágrafo único. A execução orçamentária e financeira do Fundo as Compensação de Variações Salariais - FCVS observará as disposições legais e regulamentares aplicáveis aos fundos de administração direta".

Posteriormente, adveio também a Lei 7682/1988 (advinda da MP 14/1988), que alterou a redação do Decreto-Lei 2.406/1988, mantendo o art. 2º deste diploma normativo em sua essência e acrescentando o seguinte:

"Art. 2º. O Instituto de Resseguros do Brasil - IRB encaminhará ao gestor do Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS, mensalmente, a prestação de contas e, sempre que solicitado, as informações pertinentes ao comportamento da relação entre as indenizações pagas e os prêmios recebidos em operações do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação".

O FCVS, além de cobrir saldos devedores de contratos de mútuo por ele cobertos, passou a "*garantir o equilíbrio do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação, permanentemente e a nível nacional*", sendo o superávit do seguro habitacional fonte de recursos do FCVS, na forma do disposto no art. 6º, IV, do Decreto-Lei 2.406/1988.

Desse modo, esse diploma normativo estabeleceu a vinculação do SH enquanto garantidor das operações contratadas na esfera do SFH, de forma permanente e em âmbito nacional, passando a ser o responsável pelo equilíbrio da referida apólice pública.

Os arts. 5º e 6º do Decreto-Lei 2.406/1988 impuseram ao Poder Executivo Federal a obrigação de fazer consignar, nas propostas de orçamento da União, dotações anuais compatíveis com as previsões de desembolso do FCVS, na medida em que as dotações ordinárias do referido Fundo não fossem suficientes para atender a suas responsabilidades, a saber:

"Art. 5º. O Poder Executivo, para atender às despesas decorrentes das responsabilidades do Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS) não cobertas pelos recursos legalmente destinados ao fundo, fará consignar, nas Propostas de Orçamento da União, dotações anuais a partir de 1989

compatíveis com as previsões de desembolso efetuados pelo gestor do FCVS.

Art. 6º. Os recursos do Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS) deverão ser aplicados em operações com prazo compatível com as exigibilidades do fundo e com taxas de remuneração de mercado, sendo constituídos pelas seguintes fontes:

I - contribuição dos adquirentes de moradia própria, que venham a celebrar contratos de financiamento do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), limitada a 3% (três por cento) do valor da prestação mensal e pago juntamente com ela;

II - contribuição trimestral dos Agentes Financeiros do SFH, limitada a 0,025% (vinte e cinco milésimos por cento), incidente sobre o saldo dos financiamentos imobiliários concedidos nas condições do SFH, existente no último dia do trimestre;

III - dotação orçamentária da União;

IV - parcela a maior correspondente ao comportamento da relação entre as indenizações pagas e os prêmios recebidos, nas operações de que trata o item I do art. 2º; e

V - recursos de outras origens".

Com a edição da Medida Provisória 1.671/1998 passou a ser permitido que as seguradoras de mercado oferecessem seguro a financiamentos habitacionais por meio de apólices privadas (ramo 68), desvinculadas do SH/SFH, nos seguintes termos:

"Art. 2º. Os agentes financeiros do SFH poderão contratar financiamentos onde a cobertura securitária dar-se-á em apólice diferente do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação, desde que a operação preveja, obrigatoriamente, no mínimo, a cobertura relativa aos riscos de morte e invalidez permanente".

É importante destacar que, antes dessa autorização concedida em 1998, todas as apólices do SH (Seguro Habitacional) eram do ramo público (ramo 66).

A Portaria 243/2000 do Ministério da Fazenda transferiu para a Caixa Econômica Federal (CEF), a administração do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação (SH), nele incluído o Fundo de Equalização de Sinistralidade da Apólice Habitacional (Fesa), para ser gerenciado como uma subconta do Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS), o qual também é administrado pela Caixa, nos termos da Lei 10.150/2000.

O Fesa, como já referido, era gerido pelo Instituto de Resseguros do Brasil (IRB).

Aquela portaria estabeleceu o modelo vigente do SH/SFH e regulamentou o disposto no Decreto-Lei 2.406/1988, com a redação dada pela Lei 7.682/1988, segundo o qual o FCVS tem como uma de suas fontes

de recurso o superávit do seguro habitacional do SFH e, por outro lado, garante os déficits do sistema (arts. 2º, I, e 6º, IV, acima transcritos).

A MP 478/2009 extinguiu as apólices públicas, proibindo novas contratações dessa espécie de apólice.

A responsabilidade pelas obrigações decorrentes das apólices em vigor na época de sua edição foi transferida para o FCVS, tendo a CEF/União assumido o patrocínio das ações nas quais as seguradoras privadas figuravam no polo passivo.

A Exposição de Motivos (EM) da MP 478/2009 assim pontuou:

"(...)8. Outro relevante problema diz respeito às fragilidades existentes na defesa judicial em lides envolvendo mutuários e ex-mutuários do SFH. Atualmente, a defesa do SH/SFH é realizada pelas seguradoras, que figuram como rés nas ações judiciais. Estas, conforme já expomos, por serem meras prestadoras de serviço no âmbito do Seguro, não são afetadas pelas decisões judiciais. 8.1. Apesar de o FCVS, na forma estabelecida em Lei, prestar garantia ao equilíbrio da Apólice, diversos julgados na esfera estadual não reconhecem o legítimo interesse da União para integrar as lides, seja por intermédio da CAIXA, na qualidade de Administradora do FCVS, seja pela participação da Advocacia-Geral. 8.2. As dificuldades para representação ju-

dicial pelo ente público implicaram em fragilidade da defesa ao longo do tempo, permitindo a proliferação em vários Estados de escritórios de advogados especializados em litigar ações milionárias contra o Seguro. Tal fato foi inclusive denunciado pelo Tribunal de Contas da União - TCU, por meio do Acórdão nº 1924/2004. Nessas ações, o SH/SFH vem sendo condenado a pagar danos não previstos na Apólice até sobre imóveis que não possuem ou nunca possuíram previsão de cobertura, o que confirma o agravamento do risco bilio-nário para os cofres do Tesouro Nacional. O número de ações já ultrapassa a 11.000 (...)" (E.M.I. 171/2009 - MF/AGU/MCidades/MDIC, de 1º de dezembro de 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Exm/EMI-171-MF-AGU-MCidades-MDIC-09-Mpv-478.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Exm/EMI-171-MF-AGU-MCidades-MDIC-09-Mpv-478.htm). Acesso em: 22.2.2019)

A Resolução do Conselho Curador do FCVS 267/2010 determinou expressamente que os recursos pertencentes ao Seguro Habitacional fossem contabilmente transferidos ao FCVS.

Sobre o tema é de crucial importância citar o acórdão do TCU no processo TC - 003.010/2003-5 (relatório de auditoria), o qual destaca o histórico e as características do Seguro Habitacional (SH) do SFH:

"Desde a sua instituição até o ano de 1977, ocorreram várias formas de distribuição de



responsabilidades no SH, que teve os seus riscos divididos entre Consórcios de Seguradoras e o então Instituto de Resseguros do Brasil - IRB (atual IRB Brasil Resseguros S.A.) e, a partir de 1970, com a instituição da apólice única, por um Consórcio com participação majoritária do governo, via IRB e BNH.

Em 1977, o BNH firmou convênio com o IRB, em que assumia a garantia do equilíbrio da apólice sempre que a relação sinistro/prêmio, a nível nacional, fosse superior a 0,85, dispositivo denominado pelo mercado de 'Stop-Loss', sem o qual, segundo consta em relatório do IRB de 1975, o mercado segurador não teria aceito as condições da apólice.

É importante ressaltar que a implementação do 'Stop-Loss' eliminou o risco das sociedades seguradoras nas operações do SH, uma vez que ficou assegurada uma remuneração mínima, no caso de 15%, ainda que os níveis de sinistralidade superassem os 85%.

O período de 1977 até 1986 ficou caracterizado pelo desequilíbrio da apólice do Seguro Habitacional, quando foram feitos repasses financeiros ao mercado segurador por meio do Fundo de Compensação Global de Desvios de Sinistralidade - FCDS [Fundo de natureza privada administrado pelo IRB, criado em 1977 para prevenir desequilíbrios conjunturais da apólice do SH com recursos provenientes de seus próprios prêmios, mas que, dado o desequilíbrio en-

frentado pela apólice a partir dos anos 80, que resultou no esgotamento desses recursos, funcionou na verdade como repassador dos aportes financeiros efetuados pelo BNH e dos empréstimos contraídos junto a outros fundos, que ocorriam quando a sinistralidade do seguro em nível nacional ultrapassava os 85%, às Sociedades Seguradoras que atingiam esse índice de sinistralidade.], na forma de aportes de recursos pelo BNH ou de empréstimos contraídos junto a outros fundos garantidores de seguros de natureza privada. O IRB e as seguradoras alegam que os motivos do desequilíbrio eram a impossibilidade de aumentos nos prêmios que cobrissem os desvios técnicos das condições da apólice e os índices de inflação, que reajustava os saldos devedores da apólice, superiores aos índices de reajustes dos prêmios.

Em 21 de novembro de 1986 o BNH foi extinto pelo Decreto-lei nº 2.291, em momento de desequilíbrio financeiro da Apólice do SH, que resultou na criação, pelo IRB, em 8 de janeiro de 1987, do Fundo de Equalização de Sinistralidade da Apólice de Seguros do Sistema Financeiro da Habitação - FESA, com o estabelecimento de novo modelo de funcionamento do SH, a despeito da inexistência de previsão legal para a adoção de tais medidas. Segundo o IRB, isso teria ocorrido em um quadro de indefinição normativa e de necessidade de tratamento emer-

gente para a situação, que colocava em risco a própria sobrevivência do SH, conforme comenta em seu já referido relatório:

'Pela falta de definição explícita, naquele momento, do órgão governamental que prestaria a garantia do 'Stop- Loss' que sempre foi conferida ao SSFH e não havendo a adoção de medidas para equalização nacional deste seguro, tornava-se simplesmente inviável a manutenção do SSFH.

O IRB, dada a necessidade de tratamento emergente para a situação, decidiu estabelecer novo modelo de funcionamento do SSFH (...), substituindo o FCDS pelo FESA - Fundo de Equalização de Sinistralidade da Apólice de Seguros do Sistema Financeiro da Habitação'.

Com relação ao FESA, vale ressaltar que herdou do antigo FCDS os passivos relacionados aos empréstimos contraídos junto a outros fundos privados para cobrir desequilíbrios da apólice do SH ocorridos nos anos de 1983 a 1986, os quais vêm sendo pagos pelo SH desde 2001 - já sob a gestão do CCFCVS (Conselho Curador do FCVS) e administração da CAIXA - juntamente com empréstimos posteriores contraídos pelo próprio FESA nos anos de 1987 e 1988. A análise da constituição e evolução dessas dívidas, que não fez parte do escopo dessa auditoria, foi objeto de estudos de Grupo Técnico criado pela Portaria MF nº

28/2000, de 3 de fevereiro de 2000, que resultaram, após a homologação dos valores pela então Secretaria Federal de Controle, na Resolução CCFCVS 106, de 14 de julho de 2000, e Portaria MF nº 42, de 21 de fevereiro de 2001, que autorizaram o seu pagamento pela CAIXA.

Segundo o seu modelo de funcionamento, o FESA era constituído pelos eventuais superávits gerados pelo Seguro Habitacional, cabendo às seguradoras 15% dos prêmios arrecadados, a título de custeio administrativo. Parte dos saldos do FESA deveriam ser utilizados no pagamento das dívidas e na constituição de uma 'Reserva de Contingência' para o SH. A mudança em relação ao sistema de 'Stop-Loss', que garantia uma remuneração mínima de 15% dos prêmios às seguradoras, mas poderia ser maior caso a sinistralidade fosse inferior a 0,85, era que no novo modelo a remuneração garantida seria sempre de 15% dos prêmios. Esse modelo, em que as Sociedades Seguradoras recebem remuneração proporcional aos prêmios arrecadados independentemente da sinistralidade do seguro, é o que vem sendo adotado, com algumas adaptações, até hoje pelo Seguro Habitacional.

Nos anos de 1987 e 1988 a relação sinistro/prêmio foi de 119,22% e 111,93%, respectivamente, e o mercado segurador reclamava da CAIXA a cobertura dos déficits apresentados pelo FESA, na condição de sucessora do BNH 'em



*todos os direitos e obrigações'*, nos termos do § 1º do art. 1º do Decreto-lei nº 2.291/1986. Essa cobertura estava sendo feita por meio de novos empréstimos contraídos pelo FESA.

Em 16 de setembro de 1988, a garantia do SH foi atribuída ao Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS, mediante a publicação do Decreto-lei nº 2.476, que alterou o Art. 2º do Decreto-lei nº 2.406/88, posteriormente convertido na Lei nº 7.682, de 2 de dezembro de 1988. O normativo previa também o repasse ao FCVS de eventuais superávits gerados pela Apólice Única, deduzida a remuneração das seguradoras que era de 10% dos prêmios arrecadados.

A regulamentação da garantia do FCVS sobre o equilíbrio da Apólice do SH estabelecida pela Lei nº 7.682, de 2 de dezembro de 1988, somente ocorreu em 28 de outubro de 1993, com a edição da Portaria MF nº 569. Durante esse período, o SH permaneceu sob a administração do IRB, a despeito da inexistência de autorização normativa para o exercício dessa atividade, e o FCVS não exerceu efetivamente seu papel garantidor em relação ao Seguro e tampouco recebeu os superávits obtidos pela Apólice.

A regulamentação da Lei nº 7.682/88 ocorreu de modo a atender a demandas surgidas após o equilíbrio obtido pela Apólice do SH no ano de 1989, que teve sinistralidade de 89,29%, e sucessivos superávits

ocorridos em 1990, 1991 e 1992, com sinistralidades de 84,80%, 83,89% e 82,75%, respectivamente. Uma dessas demandas foi a dos agentes financeiros do SFH, que vislumbraram nos sucessivos superávits obtidos pela Apólice do SH uma alternativa para o recebimento de seus créditos junto ao FCVS.

A Portaria MF nº 569/1993, complementada pela Portaria MF nº 256, de 3 de maio de 1994, veio contornar os problemas institucionais relacionados às operações do SH surgidos durante o período de informalidade após a extinção do BNH. Também estabeleceu algumas das linhas gerais do modelo atualmente existente. Dentre as medidas nela contidas, destacamos:

- transformação do Fundo FESA em subconta FESA/FCVS, como Reserva Técnica do SH, sob administração do IRB;
- transferência da fiscalização do SH do IRB para a SUSEP; - atribuição de competência à SUSEP para promover o ajuste técnico das taxas de prêmio do SH;
- estabelecimento de sistemática de repasse de eventuais superávits/déficits da Apólice para o FCVS;
- atualização monetária para os recursos do SH em poder dos agentes;
- atualização monetária e multa para os casos de atrasos no pagamento de prêmios e indenizações;
- novos prazos para recolhimento de prêmios e pagamento de sinistros;

- estabelecimento de remuneração aos agentes operadores do SH.

Os contornos do modelo vigente do Seguro Habitacional foram estabelecidos pela Portaria MF nº 243, de 28 de julho de 2000, expedida pelo Ministério da Fazenda, que foi o resultado de estudos técnicos realizados em 1999 pela Secretaria do Tesouro Nacional com a colaboração de técnicos operadores do SH e do Grupo Técnico do CCFCVS, e levou em consideração a então iminente privatização do IRB.

A Portaria MF nº 243/2000 promoveu três mudanças significativas no modelo do SH: (1) transferência das atividades administrativas e dos recursos do SH do IRB para a CAIXA; (2) redução do ciclo operacional do SH, de quatro para dois meses; (3) redução do custeio administrativo do SH de 12,4% para 9,6%.

Outra mudança importante no modelo foi implementada pela Resolução CCFCVS 125/2001, de 10 de dezembro de 2001, que determinou que a CAIXA passasse a constituir provisões para contingências relacionadas às ações judiciais em curso, no âmbito do SH, visando à reprodução mais fidedigna das obrigações e direitos do Seguro em suas demonstrações contábeis.

## 2.2 Características

O Seguro Habitacional do SFH possui tantas peculiaridades que pode ser classificado como um ramo sui generis do mercado securitário, havendo até

mesmo correntes que defendam não se tratar de seguro no sentido estrito.

As operações, coberturas e garantias do Seguro Habitacional do SFH são disciplinadas em uma Apólice Única, instituída pela primeira vez em 1º de junho de 1970, dispondo sobre as condições e rotinas aplicáveis a todo contrato de seguro no âmbito do SFH. A Apólice Única atualmente vigente foi instituída pela Circular SUSEP 111, de 3 de dezembro de 1999, e oferece as seguintes coberturas: Morte ou Invalidez Permanente - MIP: o mutuário tem a sua dívida quitada pelo Seguro junto ao agente financiador em caso de morte ou invalidez permanente; constituiu espécie inovadora à época do surgimento do Seguro e era essencial ao equilíbrio do SFH ao proteger tanto o mutuário como o agente financiador.

Danos Físicos ao Imóvel - DFI: o mutuário tem o seu imóvel recuperado em casos de danos causados por eventos cobertos pelo seguro. Ressalte-se que, nesse tipo de sinistro, a cobertura também beneficia o agente financiador ao recuperar o imóvel - que é a garantia hipotecária do financiamento - e mantê-lo preservado e com preços de mercado.

Responsabilidade Civil do Construtor - RCC: segura o construtor por danos pessoais ou materiais causados a terceiros durante a construção. Tem sinistralidade baixíssima.

O SH possui várias particularidades, tanto operacionais como relacionadas às cobertu-

ras ou às garantias oferecidas. Muitas, inicialmente rejeitadas pelo mercado segurador, mostraram-se eficientes ao longo do tempo e foram absorvidas pelo próprio mercado, como, por exemplo, a inexistência de carência para o início das coberturas. Outras, como a não realização de exames médicos no mutuário previamente ao contrato, ou a recuperação do imóvel em casos de sinistros de DFI mesmo que a valores superiores ao valor segurado, permanecem incomuns ao mercado segurador.

Entre as demais peculiaridades do SH, destacamos aquelas que consideramos **essenciais à compreensão da atual situação do seguro**: as importâncias seguradas são reajustadas pela correção monetária, o que nem sempre acontece com os valores dos prêmios, vinculados aos reajustes das prestações do financiamento: e o pagamento do prêmio à seguradora é de responsabilidade do agente financeiro, independentemente do recolhimento de seu valor junto ao mutuário.

**Entretanto, a principal peculiaridade do Seguro Habitacional é que as Sociedades Seguradoras que nele operam não participam dos riscos relacionados às suas atividades, em virtude da garantia a ele oferecida por um fundo público, atualmente o Fundo de Compensação de Variação Salarial - FCVS. No modelo vigente, as Sociedade Seguradoras não constituem ou administram Reservas Técnicas** - re-

curso destinados a socorrer eventuais desvios no comportamento dos riscos - para as quais seriam transferidos os riscos a que estão sujeitos os segurados, e os riscos das Seguradoras são substituídos por uma remuneração proporcional à arrecadação dos prêmios, independentemente da sinistralidade do seguro. **A Reserva Técnica do Seguro Habitacional é atualmente administrada pela CAIXA e garantida pelo FCVS, para o qual são transferidos os riscos das operações do SH.**

**Outra característica atual do Seguro Habitacional, também decorrente da garantia oferecida pelo FCVS, é a inexistência do resseguro e do cosseguro**, uma vez que não há riscos a serem transferido ou compartilhados pelas Sociedades Seguradoras". (TCU, Acórdão 1.924/2004, Rel. Min. Marcos Vilaça, Plenário, j. 1º.12.2004. (Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1924%2520ANOACORDAO%253A2004/DTREVLANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>. Acesso em: 22.2.2019, grifos nossos)

Assim, a cobertura da apólice do SH/SFH era imperativa a todas as operações de financiamento do SFH, desde sua criação até sua extinção, momento a partir do qual os financiamentos imobiliários obtiveram a possibilidade de estarem li-

gados a apólices de seguro privadas, sem garantia do FCVS.

Ou seja, até a extinção do seguro habitacional (SH), todos os financiamentos imobiliários do SFH estavam acobertados pela apólice pública do seguro habitacional (ramo 66). Com a extinção desse seguro (SH), as obrigações foram repassadas ao FCVS.

Nesse sentido são os pareceres 1/2012 e 28/2012 da Superintendência de Seguros Privados (Susep), os quais explicitam que a apólice pública do SH foi extinta e que as obrigações dela decorrentes foram transferidas para o FCVS (administrado pela CEF).

Desse modo, o FCVS continua respondendo pelos riscos da apólice (o que acontece desde a edição do Decreto-Lei 2.476/1988 e da Lei 7.682/1988, ainda que envolvendo contratos firmados anteriormente à sua entrada em vigor), e também passou a exercer o papel administrativo antes desempenhado pelas seguradoras privadas, antigas prestadoras serviços do SH/SFH.

A exposição de motivos da MP 513/2010 assim se referiu quanto ao interesse público subjacente à adoção das medidas adotadas:

"Submetemos à apreciação de Vossa Excelência a Medida Provisória que autoriza o Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS a assumir, na for-

ma disciplinada em ato do Conselho Curador do Fundo de Compensação de Variações Salariais - CCFCVS, direitos e obrigações do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação - SH/SFH, oferecer cobertura direta a contratos de financiamento habitacional averbados na Apólice do SH/SFH, autoriza o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte - DNIT a utilizar recursos federais em apoio à transferência definitiva do domínio da malha rodoviária federal para os Estados, acresce o Porto do Pólo Industrial de Manaus no item 4.2 da Relação Descritiva dos Portos Marítimos, Fluviais e Lacustres, integrante do Anexo do Plano Nacional de Viação, aprovado pela Lei nº 5.917, de 10 de setembro de 1973, e dá outras providências.

**2. Até 31 de dezembro de 2009, o FCVS garantia o equilíbrio permanente do SH/SFH em nível nacional.** Além disso, os contratos de financiamento habitacional averbados na extinta Apólice do referido seguro contavam com a cobertura securitária para os sinistros de Morte e Invalidez Permanente - MIP, de Danos Físicos aos Imóveis - DFI e de Responsabilidade Civil do Construtor - RCC. **Ressalte-se que as seguradoras que operavam o SH/SFH neste modelo não realizavam atividade típica de seguro, mas eram somente prestadoras de serviços do Seguro Habitacional para regulação dos sinistros. Todo o risco da**

**operação era do FCVS, e, por conseguinte, da União.**

3. Mesmo sendo um seguro atípico e apresentando sistemática operacional e regulamentar ineficiente, o SH/SFH, para os maiores interessados, os mutuários do SFH sinistrados, cumpria o seu objetivo: indenizava as ocorrências de morte e invalidez e de responsabilidade civil e recuperava os imóveis nas ocorrências de danos físicos.

4. No cenário atual, contrariando cláusulas contratuais, **450 mil contratos de financiamento que se encontravam na Apólice do SH/SFH não possuem nenhuma cobertura, pois, atualmente, não há nenhuma entidade habilitada para concedê-la, o que expõe o FCVS, antigo garantidor do SH/SFH, a todo tipo de medida judicial.** A situação é ainda mais delicada no caso dos mutuários que vêm pagando em dia o financiamento habitacional e mesmo assim estão sem qualquer tipo de cobertura para os sinistros referidos acima.

5. Na inexistência de cobertura securitária, os segurados deveriam optar pela migração para apólices de mercado para preservar a garantia do contrato de financiamento imobiliário. No entanto, essa migração causaria ônus aos mutuários, que teriam dificuldades na contratação de seguro, por se tratar de contratos que, em sua maioria, são antigos, com risco de sinistralidade maior e, por essa razão, sujeitos a prêmios mais altos do

que aqueles previstos na extinta Apólice do SH/SFH.

6. Ainda que fosse possível revitalizar a Apólice, há grandes riscos de que não haja seguradoras interessadas, vez que o modelo de gestão era ultrapassado, sujeito a fraudes administrativas e judiciais, e vinha sendo constantemente questionado por todos os entes operadores, principalmente, pelas seguradoras envolvidas. Outrossim, a medida iria de encontro à evolução histórica e ao desenvolvimento do mercado segurador e a diversas razões, que apontam para a desnecessidade de manutenção de apólice com garantia pública para o setor habitacional.

7. Outro complicador para um possível retorno da vigência da Apólice do SH/SFH é o processo de escolha das seguradoras para operacionalizar o seguro. Este processo demorava mais de seis meses para conclusão, pois envolvia a manifestação das seguradoras interessadas e a homologação pela Superintendência de Seguros Privados - SUSEP. Somente a esse período de ausência de prestação de serviços o desinteresse manifestado pelas seguradoras em operar no SH/SFH. Assim, o problema causado pela ausência de cobertura dos contratos de financiamento reclama pronta solução do Governo. Recentemente houve tragédias em decorrência de enchentes nos Estados de Alagoas e Pernambuco. Somente nesses estados há mais de 25 mil famílias que possuíam a co-

bertura da extinta Apólice do SH/SFH.

8. Por essa razão, **de forma a não prejudicar os mutuários que possuem direito ao pagamento de indenização e permitir a recuperação de direitos do SH/SFH pelo FCVS, a presente proposta autoriza o referido Fundo a assumir direitos e obrigações do SH/SFH e a oferecer cobertura direta aos contratos advindos da extinta Apólice do SH/SFH.**

9. Outra implicação contraproducente da inexistência de cobertura para os contratos relaciona-se com o parcelamento de dívidas das instituições financeiras com o SH/SFH que, dado o art. 53 da Medida Provisória nº 2.181-45, de 24 de agosto de 2001, somente pode ser efetivado para dívidas contraídas até 31 de julho de 2001. Destacamos que tal redação é impeditiva à renegociação dos débitos de vários agentes, em especial dos não captadores vinculados a estados e municípios, que não possuem fluxo de caixa suficiente para pagar à vista os débitos contraídos após a data de corte estabelecida na MP, condição necessária para a efetivação do parcelamento. Além disso, a inadimplência das instituições financeiras com SH/SFH é fator impeditivo para a novação dos créditos perante o FCVS, constituindo-se a revogação da data limite em um pleito antigo das entidades operadoras do SH/SFH.

10. Desse modo, o disposto no art. 2º da Minuta de MP ora

apresentada viabilizará, por meio do Conselho Curador do FCVS - CCFCVS, além da criação de mecanismos que propiciem maior agilidade à sistemática de recuperação de direitos do SH/SFH para o FCVS, a continuidade do processo de novação de dívidas do Fundo.

11. Quanto aos pressupostos constitucionais de urgência e relevância, cumpre reiterar que centenas de milhares de famílias que pagam seus financiamentos habitacionais em dia e que têm direitos previstos nos contratos e na extinta Apólice do SH/SFH estão sendo prejudicadas pela ausência das coberturas, pela interrupção da regulação dos eventos de MIP, DFI e RCC e do pagamento das indenizações. É também urgente e relevante a autorização para o FCVS recuperar direitos do SH com esses agentes, vez que esta permitirá o retorno ao processo de parcelamento de débitos de agentes financeiros, especialmente os não captadores de recursos vinculados a estados e municípios que dependem da novação dos seus créditos com FCVS para promoção da política habitacional de interesse social, mas que se encontram impedidos devido à inadimplência com o SH/SFH". (EM Interministerial 168/2010 - MF/MP, de 5 de novembro de 2010. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/Exm/EMI-168-mf-mp-Mpv-513-10.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Exm/EMI-168-mf-mp-Mpv-513-10.htm). Acesso em 22.2.2019, grifo nosso)



Ou seja, dois fatores primordiais ensejaram a preocupação do Poder Executivo Federal:

1) risco de operação securitária envolvendo erário federal, porque "*Até 31 de dezembro de 2009, o FCVS garantia o equilíbrio permanente do SH/SFH em nível nacional*", além de que "*os contratos de financiamento habitacional averbados na extinta Apólice do referido seguro contavam com a cobertura securitária para os sinistros de Morte e Invalidez Permanente - MIP, de Danos Físicos aos Imóveis - DFI e de Responsabilidade Civil do Construtor - RCC*"; também ficou registrado que "*as seguradoras que operavam o SH/SFH neste modelo não realizavam atividade típica de seguro, mas eram somente prestadoras de serviços do Seguro Habitacional para regulação dos sinistros. **Todo o risco da operação era do FCVS, e, por conseguinte, da União***"; e

2) mutuários da apólice SH/SFH sem qualquer cobertura, tendo em vista que "*450 mil contratos de financiamento que se encontravam na Apólice do SH/SFH não possuem nenhuma cobertura, pois, atualmente, não há nenhuma entidade habilitada para concedê-la, o que expõe o FCVS, antigo garantidor do SH/SFH, a todo tipo de medida judicial. A situação é ainda mais delicada no caso dos mutuários que vêm*

*pagando em dia o financiamento habitacional e mesmo assim estão sem qualquer tipo de cobertura para os sinistros referidos acima*".

A citada medida provisória foi aprovada pelo Parlamento, culminando com a promulgação da Lei 12.409/2011, a qual determinou que, nas ações de seguro Habitacional do Sistema Financeiro de Habitação (SH/SFH) em que o contrato discutido pertencer à extinta apólice securitária do ramo 66 (apólice pública), o Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS) resta autorizado a assumir direitos e obrigações a ele relativos:

"Art. 1º. Fica o Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS autorizado, na forma disciplinada em ato do Conselho Curador do Fundo de Compensação de Variações Salariais - CCFCVS, a:

I - assumir os direitos e obrigações do seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação - SH/SFH, que contava com garantia de equilíbrio permanente e em âmbito nacional do Fundo em 31 de dezembro de 2009;

II - oferecer cobertura direta aos contratos de financiamento habitacional averbados na extinta Apólice do SH/SFH; e  
III - remunerar a Caixa Econômica Federal, na qualidade de administradora do FCVS, pelas atribuições decorrentes do disposto neste artigo.

Parágrafo único. A cobertura direta de que trata o inciso II do caput poderá cobrir:

I - o saldo devedor de financiamento habitacional, em caso de morte ou invalidez permanente do mutuário; e

II - as despesas relacionadas à cobertura de danos físicos ao imóvel e à responsabilidade civil do construtor".

Ao regulamentar o dispositivo legal acima citado, o Conselho Curador do Fundo de Compensação de Variações Salariais (CCFCVS) previu na Resolução 297, de 17.11.2011, que o FCVS assumirá os direitos e obrigações do Seguro Habitacional do SFH por meio de sua administradora, a CEF. Posteriormente, houve a revogação pela Resolução 364/2014, a qual manteve a CEF naquela condição.

**Independentemente da sucessão normativa no tempo e do caráter infralegal de algumas disposições, o certo é que interessa definir o interesse jurídico da CEF em intervir em feitos que envolvam ações securitárias do ramo 66 (apólice pública do antigo Seguro Habitacional), diante do comando normativo da MP 513/2010, convertida na Lei 12.409/2011 (e suas alterações posteriores). Esse é o objeto deste recurso extraordinário.**

É bem verdade que persistiram dúvidas se a CEF deveria in-

tervir apenas em caso de comprometimento real de abalo do FCVS, tendo tal questão sido decidida pelo STJ, em julgamento paradigmático, da seguinte forma:

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL. SFH. SEGURO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. INTERESSE. INTERVENÇÃO. LIMITES E CONDIÇÕES. INCIDENTE DE PROCESSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC. 1. Nas ações envolvendo seguros de mútuo habitacional no âmbito do Sistema Financeiro Habitacional - SFH, a Caixa Econômica Federal - CEF - detém interesse jurídico para ingressar na lide como assistente simples somente nos contratos celebrados de 02.12.1988 a 29.12.2009 - período compreendido entre as edições da Lei nº 7.682/88 e da MP nº 478/09 - e nas hipóteses em que o instrumento estiver vinculado ao Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS (apólices públicas, ramo 66). 2. Ainda que compreendido no mencionado lapso temporal, ausente a vinculação do contrato ao FCVS (apólices privadas, ramo 68), a CEF carece de interesse jurídico a justificar sua intervenção na lide. **3. O ingresso da CEF na lide somente será possível a partir do momento em que a instituição financeira provar documentalmente o seu interesse jurídico, mediante demonstração não apenas da existência de apólice pública, mas também do compro-**



**metimento do FCVS, com risco efetivo de exaurimento da reserva técnica do Fundo de Equalização de Sinistralidade da Apólice - FESA, colhendo o processo no estado em que este se encontrar no instante em que houver a efetiva comprovação desse interesse, sem anulação de nenhum ato anterior.**

4. Evidenciada desídia ou conveniência na demonstração tardia do seu interesse jurídico de intervir na lide como assistente, não poderá a CEF se beneficiar da faculdade prevista no art. 55, I, do CPC. 5. Na hipótese específica dos autos, tendo o Tribunal Estadual concluído pela ausência de vinculação dos contratos de seguro ao FCVS, inexistente interesse jurídico da CEF para integrar a lide. 6. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, com efeitos infringentes". (STJ, Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Recurso Especial 1.091.393, Segunda Seção, redatora p/ acórdão Min. Nancy Andrighi, DJE 14.10.2012, grifo nosso)

Nada obstante, há informações da Secretaria do Tesouro Nacional de que existe relevante risco de comprometimento do patrimônio do Fundo de Compensação de Variações Salariais (FCVS) - fundo de natureza pública federal (responsabilidade da União). Vejamos:

"Independentemente da data da assinatura do contrato de financiamento, uma vez com-

provada sua vinculação com a extinta apólice do SH/SFH (Seguro de Habitação Sistema Fianceteiro de Habitação), o risco de comprometimento do patrimônio do FCVS prescinde de comprovação de esgotamento de reserva técnica, cujos recursos, dado o histórico de indenizações de eventos com cobertura administrativa ou judicial, já estariam esgotados". (eDOC 18, p. 18)

Por essa razão, a dúvida acerca da necessidade de comprovação desse requisito foi dissipada com a edição da MP 633/2013, a qual estabeleceu o seguinte em seus arts. 2º (modificando a Lei 12.409/2011), 3º e 4º, *verbis in verbis*:

"Art. 1º-A. Compete à Caixa Econômica Federal - CEF representar judicial e extrajudicialmente os interesses do FCVS. § 1º. A CEF intervirá, em face do interesse jurídico, nas ações judiciais que representem risco ou impacto jurídico ou econômico ao FCVS ou às suas subcontas, na forma definida pelo Conselho Curador do FCVS.

§ 2º. Para fins do disposto no § 1º, deve ser considerada a totalidade das ações com fundamento em idêntica questão de direito que possam repercutir no FCVS ou em suas subcontas".

"Art. 3º. A União, por intermédio da Advocacia-Geral da União, poderá intervir nas ações de que trata o art. 1º-A da Lei nº 12.409, de 2011, na forma do art. 5º da Lei nº 9.469, de 10

de julho de 1997, ou avocá-las, na forma do art. 8º-C da Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995. Art. 4º. Em relação aos feitos em andamento, a CEF providenciará o seu ingresso imediato como representante do FCVS".

Eis os motivos que ensejaram a edição da referida medida provisória:

"(...)

2. Além disso, a Medida Provisória altera também a Lei nº 12.409, de 25 de maio de 2011, que autoriza o Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS, a assumir, na forma disciplinada em ato do Conselho Curador do Fundo de Compensação de Variações Salariais - CCFCVS, direitos e obrigações do extinto Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação - SH/SFH, bem como oferecer cobertura direta a contratos de financiamento habitacional averbados na Apólice do extinto SH/SFH, entre outros temas, a fim de determinar a intervenção da Caixa Econômica Federal - CAIXA nas ações judiciais que representem risco ou impacto jurídico ou econômico ao Fundo ou suas subcontas.

(...)

7. Quanto a alteração da Lei nº 12.409, de 2011, cumpre observar que a Medida Provisória nº 478, de 29 de dezembro de 2009, tornada posteriormente sem efeito, extinguiu o SH/SFH, seguro este cujo equilíbrio permanente em nível nacional, nos termos do Decreto-Lei nº 2.406, de 5 de janeiro

de 1988, cabia ao FCVS garantir. Os contratos de financiamento habitacional averbados na Apólice do extinto seguro contavam com cobertura securitária para os sinistros de Morte e Invalidez Permanente - MIP, de Danos Físicos aos Imóveis - DFI e de Responsabilidade Civil do Construtor - RCC. 8. Posteriormente foi editada a Medida Provisória nº 513, de 26 de novembro de 2010, convertida na Lei nº 12.409, de 25 de maio de 2011, que autorizou o FCVS a assumir, na forma disciplinada em ato CCFCVS, direitos e obrigações do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação - SH/SFH.

9. Cabe ressaltar também que se verificou ao longo dos anos uma proliferação em vários Estados de escritórios de advocacia especializados em litigar contra as seguradoras que operavam o SH/SFH e uma fragilidade na defesa apresentada nessas ações judiciais. Tal fato foi inclusive denunciado pelo Tribunal de Contas da União - TCU, por meio do Acórdão nº 1924/2004.

10. Nesses processos, as seguradoras vêm sendo condenadas a pagar indenizações por danos não previstos na Apólice do SH/SFH e até sobre imóveis que não possuem mais ou nunca possuíram previsão de cobertura. Algumas dessas condenações, por envolverem imóveis que contam ou contaram no passado com a garantia do Seguro Habitacional do SFH, podem repercutir no FCVS, tendo em vista ser o Fundo o garantidor do equilíbrio do SH/SFH, o

que confirma o agravamento do risco para o Tesouro Nacional. **O número de ações judiciais, que por ocasião da edição da Medida Provisória nº 478, de 2009, era de 11 mil, hoje já é da ordem de 35 mil, e estima-se que possa chegar a 270 mil, considerando-se a quantidade de operações vinculadas ao extinto SH/SFH ainda ativas em contratos que se encerrem até o ano de 2029.**

11. A fim de assegurar que os direitos da União sejam devidamente resguardados, por meio da correta defesa nos processos judiciais, é que se propõe a edição da presente Medida Provisória, que determina à Caixa Econômica Federal intervir em todos os processos que representem risco ou impacto jurídico ou econômico ao Fundo ou às suas subcontas.

12. A proposta também prevê, expressamente, a possibilidade de intervenção da União, por intermédio da Advocacia-Geral da União, nos processos judiciais, ou sua avocação, de modo a assegurar efetividade da defesa judicial do FCVS e a robustecê-la, especialmente quando a relevância ou materialidade do assunto assim o justificarem, como por exemplo, nas ações em que há questionamento pela negativa de cobertura pelo FCVS dos saldos devedores residuais dos mutuários que possuíam mais de um financiamento no âmbito do SFH". (EM 00004/2013 MF/AGU, de 23 de dezembro de

2013. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Exm/EM-00004-MF-AGU-Mpv-33-13.doc](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Exm/EM-00004-MF-AGU-Mpv-33-13.doc). Acesso em: 22.2.2019, grifo nosso)

Durante a tramitação da referida medida provisória, o Congresso Nacional procedeu a algumas alterações, que culminaram na promulgação da Lei 13.000/2014, a saber:

"Art. 3º. A Lei n. 12.409, de 25 de maio de 2011, passa a vigorar com as seguintes alterações:

'Art. 1º-A. Compete à Caixa Econômica Federal - CEF representar judicial e extrajudicialmente os interesses do FCVS.

§ 1º. A CEF intervirá, em face do interesse jurídico, nas ações judiciais que representem risco ou impacto jurídico ou econômico ao FCVS ou às suas subcontas, na forma definida pelo Conselho Curador do FCVS.

§ 2º. Para fins do disposto no § 1º, deve ser considerada a totalidade das ações com fundamento em idêntica questão de direito que possam repercutir no FCVS ou em suas subcontas.

§ 3º. Fica a CEF autorizada a realizar acordos nas ações judiciais, conforme parâmetros aprovados pelo CCFCVS e pela Advocacia-Geral da União.

§ 4º. Todos os atos processuais realizados na Justiça Estadual ou na do Distrito Federal devem ser aproveitados na Justiça Federal, na forma da lei.

§ 5º. As ações em que a CEF in-

tervir terão prioridade de tramitação na Justiça Federal nos casos em que figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, pessoa portadora de deficiência física ou mental ou pessoa portadora de doença grave, nos termos da Lei nº 12.008, de 29 de julho de 2009.

§ 6º. A CEF deverá ser intimada nos processos que tramitam na Justiça Comum Estadual que tenham por objeto a extinta apólice pública do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro de Habitação - SH/SFH, para que manifeste o seu interesse em intervir no feito.

§ 7º. Nos processos em que a apólice de seguro não é coberta pelo FCVS, a causa deverá ser processada na Justiça Comum Estadual.

§ 8º. Caso o processo trate de apólices públicas e privadas, deverá ocorrer o desmembramento do processo, com a remessa à Justiça Federal apenas dos pleitos fundados em apólices do ramo público, mantendo-se na Justiça Comum Estadual as demandas referentes às demais apólices.

§ 9º. (VETADO).

§ 10. Os depósitos judiciais já realizados por determinação da Justiça Estadual permanecerão no âmbito estadual até sua liberação ou a decisão final do processo.'

Art. 4º. A União, por intermédio da Advocacia-Geral da União, poderá intervir nas ações de que trata o art. 1º-A da Lei nº 12.409, de 25 de maio de 2011, na forma do art. 5º da Lei nº 9.469, de 10 de julho

de 1997, ou avocá-las, na forma do art. 8º-C da Lei nº 9.028, de 12 de abril de 1995.

Art. 5º. Em relação aos feitos em andamento, a Caixa Econômica Federal - CEF providenciará o seu ingresso imediato como representante do FCVS".

Ou seja, está claro que "*Compete à Caixa Econômica Federal - CEF representar judicial e extrajudicialmente os interesses do FCVS*" (art. 1º-A da Lei 12.409/2011), a qual deverá assumir sua defesa e ingressar nos feitos em andamento que discutam sinistralidade que possa atingir o FCVS.

Além disso, a União também poderá intervir nos autos na defesa do citado fundo, mantendo a representação pela CEF ou avocá-la, para que então possa representar o FCVS (art. 4º da Lei 13.000/2014).

### 3) Mérito

#### 3.1) Competência da Justiça Federal

Em relação ao art. 109, I, da CF, o critério definidor de competência adotado pelo constituinte é *ratione personae*, ou seja, de acordo com as pessoas ali elencadas taxativamente, quais sejam, a União, autarquia federal ou empresa pública federal, excluídas - em razão da matéria - as demandas que envolvam falência, acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho.

Esta Corte, interpretando tal norma constitucional, possui

precedente no sentido de que, estando a Caixa Econômica Federal no polo passivo da demanda securitária, exsurge a competência da Justiça Federal para processar e julgar a controvérsia. Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA DE REPARAÇÃO DE DANOS. EMPRESA PÚBLICA FEDERAL. COMPETÊNCIA. ARTIGO 109, I, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. Competência da Justiça Federal para processar e julgar ação de reparação de danos proposta por mutuário contra a Caixa Econômica Federal. Agravo regimental a que se nega provimento". (RE-AgR 555.395, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe 13.3.2009)

Possuindo a referida empresa pública federal interesse jurídico no feito, há de ocorrer o imediato deslocamento do feito para a Justiça Federal, nos termos do inciso I do art. 109 da CF, a qual definirá a presença dos elementos configuradores desse interesse.

Essa é exegese do novo Código de Processo Civil, que, na exata tentativa de racionalizar as constantes remessas entre Juízo Federal e outros ramos do Poder Judiciário, estabeleceu o seguinte procedimento, em seu art. 45:

"Art. 45. Tramitando o processo perante outro juízo, os au-

tos serão remetidos ao juízo federal competente se nele intervier a União, suas empresas públicas, entidades autárquicas e fundações, ou conselho de fiscalização de atividade profissional, na qualidade de parte ou de terceiro interveniente, exceto as ações: I - de recuperação judicial, falência, insolvência civil e acidente de trabalho; II - sujeitas à justiça eleitoral e à justiça do trabalho.

§ 1º. Os autos não serão remetidos se houver pedido cuja apreciação seja de competência do juízo perante o qual foi proposta a ação.

§ 2º. Na hipótese do § 1º o juiz, ao não admitir a cumulação de pedidos em razão da incompetência para apreciar qualquer deles, não examinará o mérito daquele em que exista interesse da União, de suas entidades autárquicas ou de suas empresas públicas.

§ 3º. O juízo federal restituirá os autos ao juízo estadual sem suscitar conflito se o ente federal cuja presença ensejou a remessa for excluído do processo".

Vê-se, pois, que, em regra, se a União, "suas empresas públicas, entidades autárquicas e fundações, ou conselho de fiscalização de atividade profissional, na qualidade de parte ou de terceiro interveniente" intervierem em qualquer feito não tramitado na Justiça Federal, o processo deverá ser remetido a este ramo da Justiça, o qual possui a reserva constitu-

cional/jurisdicional de definir se a entidade federal deve ou não permanecer no feito.

Outrossim, exsurgindo informação de que existe interesse de órgão federal submetido à reserva de jurisdição federal, o Juízo comum é manifestamente incompetente para aferir a existência daquele interesse, de sorte que deve obrigatoriamente, após a oitiva da pessoa jurídica elencada como interessada (se não for o postulante), remeter os autos à Justiça Federal.

Rejeitando a presença do órgão declinado no inciso I do art. 109 da CF, o Juízo Federal devolve os autos, prescindindo da deflagração de conflito de competência.

Registro que essa normatização segue linha de precedente desta Corte da lavra do Min. Celso de Mello, cuja ementa segue transcrita apenas na parte que interessa para o deslinde deste feito:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO - REINTEGRAÇÃO DE POSSE - ÁREA DEMARCADA PELA FUNAI - DEMARCAÇÃO ADMINISTRATIVA HOMOLOGADA PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA - AÇÃO POSSESSÓRIA PROMOVIDA POR PARTICULARES CONTRA SILVÍCOLAS DE ALDEIA INDÍGENA E CONTRA A FUNAI - **INTERVENÇÃO DA UNIÃO FEDERAL** - DISPUTA SOBRE DIREITOS INDÍGENAS - **INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL** - NULIDADE

DOS ATOS DECISÓRIOS - **ENCAMINHAMENTO DO PROCESSO À JUSTIÇA FEDERAL** - RECONHECIDO E PROVIDO. AÇÃO POSSESSÓRIA - **INTERVENÇÃO DA UNIÃO FEDERAL** - **DESLOCAMENTO NECESSÁRIO DA CAUSA PARA A JUSTIÇA FEDERAL**. - **O ingresso da União Federal numa causa, vindicando posição processual definida (RTJ 46/73 - RTJ 51/242), gera a incompetência absoluta da Justiça local (RT 505/109), pois não se inclui na esfera de atribuições jurisdicionais dos magistrados e Tribunais estaduais o poder para aferir a legitimidade do interesse da União Federal, em determinado processo (RTJ 93/1291 - RTJ 95/447 - RTJ 101/419). A legitimidade do interesse manifestado pela União só pode ser verificada, em cada caso ocorrente, pela própria Justiça Federal (RTJ 101/881), pois, para esse específico fim, é que ela foi instituída (RTJ 78/398): para dizer se, na causa, há ou não há interesse jurídico da União.** FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO (FUNAI) - NATUREZA JURÍDICA. - A Fundação Nacional do Índio - FUNAI constitui pessoa jurídica de direito público interno. Trata-se de fundação de direito público que se qualifica como entidade governamental dotada de capacidade administrativa, integrante da Administração Pública descentralizada da União, subsumindo-se, no plano de sua organização institucional, ao conceito de típica



autarquia fundacional, como tem sido reiteradamente proclamado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inclusive para o efeito de reconhecer, nas causas em que essa instituição intervém ou atua, a caracterização da competência jurisdicional da Justiça Federal (RTJ 126/103 - RTJ 127/426 - RTJ 134/88 - RTJ 136/92 - RTJ 139/131). Tratando-se de entidade autárquica instituída pela União Federal, torna-se evidente que, nas causas contra ela instauradas, incide, de maneira plena, a regra constitucional de competência da Justiça Federal inscrita no art. 109, I, da Carta Política. (...)" (RE 183.188, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 14.2.1997, grifo nosso)

Colhe-se do voto do relator o seguinte trecho:

"A própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, por sua vez, orienta-se no mesmo sentido, enfatizando, em sucessivas decisões sobre a matéria, que a intervenção da União Federal basta para deslocar a causa para o âmbito da Justiça Federal, pois que somente a esta cabe '*dizer se há na causa interesse da União, apto a deslocar o processo da justiça comum para sua esfera de competência*' (RT 541/263).

Na realidade, a legitimidade do interesse manifestado pela União só pode ser verificada, em cada caso ocorrente, pela própria Justiça Federal (RTJ

101/881), pois, para esse específico fim, é que ela foi instituída: para dizer se, na causa, há ou não há interesse jurídico da União (RTJ 78/398).

O ingresso da União Federal numa causa, vindicando posição processual definida (RTJ 46/73 - RTJ 51/242), gera, por isso mesmo, a incompetência absoluta da Justiça local (RT 505/109), pois não se inclui na esfera de atribuições jurisdicionais dos magistrados e Tribunais estaduais o poder para aferir a legitimidade do interesse da União Federal, em determinado processo (RTJ 93/1291 - RTJ 95/447 - RTJ 101/419)". (RE 183.188, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 14.2.1997)

E nem se argumente que o fato de o processo ter tramitado sob a égide do CPC/1973 atrairia consequência jurídico-processual diversa, tendo em vista que o Superior Tribunal de Justiça há muito sedimentou o mesmo entendimento, tal como se observa das seguintes súmulas daquela Corte:

"Súmula 150: Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas". "Súmula 224: Excluído do feito o ente federal, cuja presença levava o Juiz Estadual a declinar da competência, deve o Juiz Federal restituir os autos e não suscitar conflito".

Ou seja, o atual Código de Processo Civil apenas positivou a orientação jurisprudencial do STF e do STJ.

Nesse ponto, é importante registrar a liberdade de conformação do legislador ordinário em estabelecer, em razão do interesse público envolvido, as situações que possam ser de interesse dos órgãos descritos no inciso I do art. 109 da CF, admitindo exemplificativamente a possibilidade de permitir-se a participação de órgão federal em determinada demanda.

Existem inúmeras outras situações espalhadas pela legislação ordinária que possibilitam a intervenção judicial de órgãos federais (como litisconsortes ou assistentes), tal como o art. 5º da Lei 9.469/1997 e o art. 118 da Lei 12.529/2011, a seguir citados, respectivamente:

"Art. 5º. A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais.

Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e,

se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes".

"Art. 118. Nos processos judiciais em que se discuta a aplicação desta Lei, o Cade deverá ser intimado para, querendo, intervir no feito na qualidade de assistente".

Em todas essas situações, a Justiça Federal passa a ser competente para o processamento e julgamento nos casos em que há previsão legal e haja confirmação do interesse em intervir pela "*União, entidade autárquica ou empresa pública federal (...) na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho*".

É importante lembrar também o entendimento firmado, há uma década, de que a expressa manifestação pelo órgão público federal de interesse em participar do feito é o fato jurígeno que atrai, em tese, a competência da Justiça Federal, competindo a esta definir, ou não, a presença daquele interesse qualificado. Para tanto, cito trecho do voto no RE 571.572 RG, de minha relatoria, Pleno, DJE 13.2.2009 (tema 17), *in litteris*:

"A situação trazida poderá, isto sim, configurar hipótese de assistência simples ou de intervenção anômala (art. 5º,



parágrafo único da Lei 9.469/97). Em qualquer dos casos, pela própria natureza dos institutos, a intervenção é espontânea. E, no caso dos autos, não houve manifestação de interesse, pela ANATEL em intervir, sob qualquer das formas referidas.

Registre-se que esse entendimento não exclui a possibilidade de vir a ANATEL a se manifestar espontaneamente em casos semelhantes, demonstrando seu interesse jurídico no feito, caso em que a competência será deslocada para a Justiça Federal, sendo certo que, se a intervenção ocorrer com base em mero interesse econômico, nos termos do parágrafo único do art. 5º da Lei 9.469/97, a competência da Justiça Federal se estabelecerá apenas na hipótese de recurso deste ente federal".

Em seguida, anoto que a matéria subjacente à presente repercussão geral difere dos usuais casos outrora apreciados pelo STF, na medida em que a CEF não atua como agente securitário ou instituição creditícia integrante dos sistemas financeiros de habitação (SFH) ou imobiliário (SFI), mas na condição de administradora, como representante judicial do Fundo de Compensação de Variação Salarial (FCVS), em decorrência do disposto na Lei 12.409/2011.

### **3.2) CEF atuando como representante judicial e extra-**

### **ju dicial do FCVS (sucessões legislativas)**

De que se colhe do relato histórico acima identificado (item 1 deste voto), o FCVS assumiu legalmente todos os direitos e obrigações do SH/SFH (apólice do ramo 66), colocando a Caixa Econômica Federal (CEF) na condição de sua administradora e representante judicial ou extrajudicial.

Diversamente, nas apólices de seguro privadas (ramo 68), cuja contratação no âmbito do SFH somente passou a ser permitida a partir da edição da Medida Provisória 1.671/1998, o resultado da atividade econômica, e o correspondente risco, é totalmente assumido pela seguradora privada, ou seja, não há comprometimento de recursos do FCVS.

Desse modo, nas ações judiciais que têm por objeto contrato de seguro privado (apólice privada de mercado - ramo 68), ainda que adjeto a contrato de mútuo habitacional, não há comprometimento do FCVS e, portanto, não há interesse jurídico da Caixa Econômica Federal. A pertinência subjetiva da discussão, que envolve essa espécie de contrato de seguro, diz respeito à seguradora privada contratada e ao segurado.

De outro lado, o resultado das ações que envolvem apólice pública (ramo 66) passa a interessar diretamente ao FCVS,

fundo federal, que, em caso de procedência do pedido, será o responsável por ressarcir às seguradoras e/ou por disponibilizar os recursos necessários ao pagamento das indenizações estabelecidas.

Em outras palavras: a seguradora demandada judicialmente paga o mutuário e, posteriormente, busca o ressarcimento junto ao FCVS nas apólices do ramo 66 (gerido por fundo com recursos públicos). Por esse motivo, o legislador ordinário conferiu legitimidade à CEF para integrar o polo passivo, seja na condição de litisconsorte ou assistente simples das ações em que se discute matéria securitária no âmbito do SH/SFH relacionada ao ramo securitário 66.

Em síntese: há competência da Justiça Federal nas causas em que se discute contrato de seguro vinculado à apólice pública, na qual a CEF atue em defesa do FCVS; ao revés, caso seja vinculado à apólice privada, em razão da inexistência de interesse da CEF (como administradora do FCVS), a competência é da Justiça Estadual.

Configura circunstância relevante anotar que nenhum devedor (por meio de seu representante) tem a iniciativa de intervir em feito que não discuta seu interesse, isto é, a possibilidade de o FCVS reembolsar a seguradora em caso de acionamento da cobertura securitária.

Por fim, é importante mencionar que não merece guarida a alegação (em contrarrazões) de inconstitucionalidade da MP 513/2010 (e da Lei 12.409/2011), tendo em vista que o disposto no § 9º do art. 165 da CF exige lei complementar para tratar de normas gerais, não abrangendo a disciplina de fundo específico - e criado anteriormente - de natureza pública (FCVS). Nesse sentido:

"MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.061, DE 11.11.97 (LEI Nº 9.531, DE 10.12.97), QUE CRIA O FUNDO DE GARANTIA PARA PROMOÇÃO DA COMPETIVIDADE - FGPC.** ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 62 E PAR. ÚNICO, 165, II, III, §§ 5º, I E III, E 9º, E 167, II E IX, DA CONSTITUIÇÃO. **1. A exigência de previa lei complementar estabelecendo condições gerais para a instituição de fundos, como exige o art. 165, § 9º, II, da Constituição, está suprida pela Lei nº 4.320, de 17.03.64, recepcionada pela Constituição com status de lei complementar;** embora a Constituição não se refira aos fundos especiais, estão eles disciplinados nos arts. 71 a 74 desta Lei, que se aplica à espécie: a) o FGPC, criado pelo art. 1º da Lei nº 9.531/97, é fundo especial, que se ajusta à definição do art. 71 da Lei nº 4.320/64; b) as condições para a instituição e o funcionamento dos fundos

especiais estão previstas nos arts. 72 a 74 da mesma Lei. 2. A exigência de prévia autorização legislativa para a criação de fundos, prevista no art. 167, IX, da Constituição, é suprida pela edição de medida provisória, que tem força de lei, nos termos do seu art. 62. **O argumento de que medida provisória não se presta à criação de fundos fica combatido com a sua conversão em lei, pois, bem ou mal, o Congresso Nacional entendeu supridos os critérios da relevância e da urgência.** 3. Não procede a alegação de que a Lei Orçamentária da União para o exercício de 1997 não previu o FGPC, porque o art. 165, § 5º, I, da Constituição, ao determinar que o orçamento deve prever os fundos, só pode referir-se aos fundos existentes, seja porque a Mensagem presidencial é precedida de dados concretos da Administração Pública, seja porque a criação legal de um fundo deve ocorrer antes da sua consignação no orçamento. O fundo criado num exercício tem natureza meramente contábil; não haveria como prever o FGPC numa Lei Orçamentária editada nove meses antes da sua criação. 4. Medida liminar indeferida em face da ausência dos requisitos para a sua concessão, não dividados dentro dos limites perfunctórios do juízo cautelar". (ADI 1.726 MC, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ 30.4.2004, grifo nosso)

Ou seja, a citada medida provisória não instituiu o FCVS,

mas tão somente disciplinou regramento específico de sua administração, incumbindo-a à CEF.

Ainda que assim não fosse, com o advento da MP 633/2013, convertida na Lei 13.000/2014, ao determinar a intervenção da CEF (sem disciplinar nada sobre o FCVS em si), a questão encontra-se bem equacionada pelo Legislador.

Questão que remanesce definir é qual o marco jurídico para o reconhecimento do interesse da CEF, na condição de representante judicial e extrajudicial do FCVS, frente à marcha processual dos feitos judicializados.

### 3.3) Intertemporalidade

Nesse ponto, resta definir a questão intertemporal: os processos que estavam em curso (fase de conhecimento), na entrada em vigor da MP 513/2010 (convertida na Lei 12.409/2011) e da MP 633/2013 (convertida, com alterações, na Lei 13.000/2014), é possível sua aplicação imediata?

Sobre o tema, tive a oportunidade de escrever em obra doutrinária:

"É possível que a aplicação da lei no tempo continue a ser um dos temas mais controvertidos do Direito hodierno. Não raro, a aplicação das novas leis às relações já estabelecidas suscita infundáveis polêmicas. De um lado, a ideia central de

segurança jurídica, um das expressões máximas do Estado de Direito; de outro, a possibilidade e a necessidade de mudança. Constitui grande desafio tentar conciliar essas duas pretensões, em aparente antagonismo.

A discussão sobre direito intertemporal assume delicadeza ímpar, tendo em vista a disposição constante no art. 5º, XXXVI, da Constituição, que reproduz norma tradicional do Direito brasileiro. Desde 1934, e com exceção da Carta de 1937, todos os textos constitucionais brasileiros tem consagrado cláusula semelhante. O Direito, por natureza, deve existir para disciplinar o futuro, jamais o passado, não sendo razoável entender que normas construídas a posteriori possam dar definições e consequências novas a eventos já ocorridos no mundo fenomênico". (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 365)

Especificamente sobre os processos judiciais em curso, transcrevo o magistério de Galeno Lacerda na obra *O Novo Direito Processual Civil e os feitos pendentes*:

"Ensina o clássico Roubier, em sua magnífica obra *Les Conflits de Lois dans le Temps* (1/371, que a base fundamental do direito transitório reside na distinção entre o efeito retroati-

vo e o efeito imediato da lei. Se ela atinge *facta praeterita* é retroativa; se *facta pendente*, será necessário distinguir entre situações anteriores à mudança da legislação, que não podem ser atingidas sem retroatividade, e situações posteriores, para as quais a lei nova, se aplicável, terá efeito imediato.

Como o processo compreende uma sequência complexa de atos que se projetam no tempo, preordenados para um fim, que é a sentença, deve ele ser considerado, em termos de direito transitório, como um fato jurídico complexo e pendente, sobre o qual a normatividade inovadora há de incidir.

A aplicação imediata será sempre a regra de direito comum (Roubier, I/558). A retroatividade, ao contrário, não se presume; decorre de disposição legislativa expressa, exceto no direito penal, onde constitui princípio a retroação da lei mais benéfica.

Estudando a aplicação da lei nova aos fatos pendentes, distingue Roubier na situação jurídica três momentos: o da constituição, o dos efeitos e o da extinção. O primeiro e o último representam a dinâmica, o segundo a estática da situação.

Quando a constituição (ou extinção) da situação jurídica se operou pela lei antiga, a ela será estranha a lei nova, salvo disposição retroativa, se permitida pelo sistema jurídico. Quando a constituição estiver pendente, a regra será a aplicação imediata, respeitado o

período de vigência da lei anterior.

Quanto aos efeitos da situação jurídica constituída, a norma é que a lei nova não pode, sem retroatividade, atingir os já produzidos sob a lei anterior.

O processo não se esgota na simples e esquemática relação jurídica angular, ou triangular, entre as partes e juiz, este como autoridade representativa do Estado. Razão inteira assiste a Carnelutti quando considera o processo um feixe de relações jurídicas, onde se vinculam não só esses sujeitos principais, senão que também todas aquelas pessoas terceiros intervenientes, representante do Ministério Público, servidores da Justiça, testemunhas, peritos que concorrem com sua atividade para a obra comum da Justiça em concreto, todas elas concomitantemente, sujeitos de direitos e deveres, em razão dessa mesma obra. Nem é por outro motivo que forte corrente, liderada por processualistas do tomo de Guasp e Couture, considera o processo uma instituição, isto é, um relacionamento jurídico complexo, polarizado por um fim comum.

Isso significa que podemos e devemos considerar a existência de direitos adquiridos processuais, oriundos dos próprios atos ou fatos jurídicos processuais, que emergem, em cada processo, do dinamismo desse relacionamento jurídico complexo. (...) Acontece que os direitos subjetivos processuais se configuram no âmbito do direito público e, por isto, sofrem o

condicionamento resultante de grau de indisponibilidade dos valores sobre os quais incidem. Em regra, porém, cumpre afirmar que a lei nova não pode atingir situações processuais já constituídas ou extintas sob o império da lei antiga, isto é, não pode ferir os respectivos direitos processuais adquiridos. O princípio constitucional de amparo a esses direitos possui, aqui, também, plena e integral vigência". (LACERDA, Galeno. O novo direito processual civil e os feitos pendentes. Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 12-13)

Conjugando esses magistérios, é necessário que a alteração legislativa que venha a onerar a situação jurídico-processual do jurisdicionado (intervenção da CEF, com a consequente remessa dos autos à Justiça Federal) tenha sido editada antes **da sentença de mérito na fase de conhecimento** que se vindica, sob pena de se tornar aquela relação mais prejudicial para o jurisdicionado do que a presente na época em que prolatada a sentença (transgressão ao inciso XXXVI do art. 5º da CF).

Dito de outro modo: a alteração legislativa procedida pela MP 513/2010 só será aplicável se entrar em vigor enquanto ainda estiver tramitando na fase de conhecimento antes da sentença de mérito, não sendo, por outro lado,

possível a incidência da novel norma caso tenha ocorrido a prolação da sentença na fase de conhecimento antes da vigência do novel diploma.

Isso porque, a despeito de a incompetência ser causa de nulidade absoluta - uma vez que constitui matéria de ordem pública e pode ser suscitada em qualquer tempo ou grau de jurisdição - fato é que, somente após a entrada em vigor da MP 513/2010, reconheceu-se a possibilidade de a CEF, na condição de administradora do FCVS, intervir em demandas securitárias, envolvendo apólice acobertada pelo erário federal (ramo 66).

Até tal marco jurídico, inexistiam dúvidas de que a competência para processar e julgar tal espécie de demanda era da Justiça estadual, salvo anterior declinação expressa de interesse da CEF ou da União.

Exatamente nesse sentido, após a mudança operada pela Emenda Constitucional 45/2004, a respeito da competência quanto às demandas que envolviam acidente de trabalho da Justiça Estadual para a Trabalhista, esta Corte editou a Súmula Vinculante 22, a saber:

"A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado

contra empregador, **inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional 45/2004**". (grifo nosso)

Naquela oportunidade, ficou-se como marco jurígeno a existência ou não de sentença, na data de entrada em vigor da EC 45/2004, para discernimento quanto à manutenção da competência da Justiça Estadual ou seu deslocamento para a Justiça do Trabalho, de sorte que proponho a adoção do mesmo parâmetro: **sentença de mérito em primeiro grau**.

Não desconheço que, interpretando a MP 513/2010 (e sua conversão na Lei 12.409/2011), o entendimento do STJ estava firmado no sentido de que a CEF passaria a intervir no feito, assumindo-o na condição em que se encontrasse.

Igualmente, não olvido que, com o advento da MP 633/2013, a legislação passou a determinar "*à Caixa Econômica Federal intervir em todos os processos que representem risco ou impacto jurídico ou econômico ao Fundo ou às suas subcontas*".

Entretanto, é fato incontestado que, desde a edição da MP 513/2010, a Caixa Econômica Federal assumiu a condição jurídica de defesa do FCVS, na posição de administradora, razão pela qual, aventada essa questão



pelas seguradoras, o magistrado processante deveria ouvir aquela empresa pública federal, que seria instada a se manifestar. Esta aquiescendo, o feito deveria ser remetido imediatamente à Justiça Federal, que passaria a analisar o preenchimento dos requisitos legais; ou rejeitando, os autos permaneceriam na Justiça Estadual.

Portanto, desde a vigência da MP 513/2010, restando alegada pela empresa pública federal, espontânea ou provocadamente, em qualquer tempo e grau de jurisdição, a necessidade de sua intervenção, o feito deveria ser remetido à Justiça Federal, desde que não tenha ocorrido a prolação de sentença de mérito.

Sendo assim, nos termos da jurisprudência desta Corte, a possibilidade de participação da CEF, apesar de não ser cogente (que somente passou a sê-lo a partir da MP 633/2013), deveria ser objeto de análise pela Justiça Federal, após manifestação, espontânea ou provocada, daquela empresa pública no sentido de que possuiria interesse de intervir no feito.

A MP 633/2013 (e a conversão com alterações realizadas pela Lei 13.000/2014) apenas normatizou o procedimento judicial que deveria ser seguido, em caso de pedido de intervenção da CEF (ou da União), de forma espontânea

ou provocada, no exato sentido do entendimento desta Corte (posterior e igualmente normatizado no art. 45 do CPC/15).

Dito de outro modo: se fosse seguida a jurisprudência de décadas do STF, a simples alegação pela seguradora de que haveria interesse do FCVS (durante a vigência da MP 513/2010), após resposta positiva da CEF, já seria motivo suficiente para se encaminhar o feito à Justiça Federal, independentemente do grau de jurisdição em que se encontrasse, por se tratar de nulidade absoluta (Juízo competente).

Sendo assim, considero que o marco jurígeno que interessa é a data da entrada em vigor da MP 513/2010 (DOU 26.11.2010) e da alegação de interesse da União e/ou da CEF (de forma espontânea ou provocada por quaisquer das partes), desde que ambas as situações tenham ocorrido antes da sentença de mérito na fase de conhecimento.

Caso o pedido de intervenção da União e/ou da CEF (atuando na condição de representante do FCVS) venha a ocorrer depois da prolação de sentença de mérito, aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 5º da Lei 9.469/1997, devendo o feito continuar tramitando na Justiça Comum Estadual até o esgotamento do cumprimento de sentença.

#### 4) Caso dos autos

No caso dos autos, consoante manifestação da recorrente (eDOC 4, p. 18/34, comprovado em sede de agravo de instrumento perante o TJPR), os contratos dos autores pertencem à apólice do seguro habitacional do SFH - ramo 66 (apólice pública).

A própria CEF requereu seu ingresso na lide, ainda na fase de conhecimento, ao informar que os 9 (nove) autores-recorridos possuem contrato habitacional com apólice securitária pública - ramo 66. (eDOC 20)

O Superior Tribunal de Justiça, ao negar provimento ao recurso, assentou que a junta-da de documento novo não seria admitida na seara excepcional (eDOC 8, p. 77/78).

Questão meramente formal (época em que comprovado documentalmente o interesse federal) não pode servir de impedimento para reconhecer o risco de comprometimento do FCVS, com interesse da CEF e deslocamento posterior para a Justiça Federal, sendo desinfluyente o momento dessa comprovação (art. 64, § 1º, do CPC), desde que ocorra até a sentença.

Registro que, ainda que o acórdão do STJ firmasse a competência da Justiça Estadual (por entender que não restou documentalmente comprovado o interesse do FCVS e, conseqüentemente, da CEF), mas, no decorrer da fase de co-

nhecimento, a CEF viesse a comprovar documentalmente o ramo público da apólice, deveria o feito ser remetido à Justiça Federal para que fosse analisado tal interesse, nos termos da citada jurisprudência do STF e do STJ, hodiernamente normatizada no art. 45 do CPC.

Ante o exposto, voto pelo provimento do recurso, para restabelecer o acórdão do TJPR, declarando a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito em relação aos contratos acobertados pelo FCVS, a qual deverá apreciar o aproveitamento dos atos praticados na Justiça Estadual, na forma do § 4º do art. 1º-A da Lei 12.409/2011 (*"Todos os atos processuais realizados na Justiça Estadual ou na do Distrito Federal devem ser aproveitados na Justiça Federal, na forma da lei"*).

O Juízo da 5ª Vara Cível de Maringá deverá ser comunicado deste julgamento para que remeta, in continenti, os autos 0013152- 34.2009.8.16.0017 à Subseção Judiciária de Maringá.

#### 5) Teses

Por se tratar de processo submetido à sistemática da repercussão geral, proponho as seguintes teses:

1) Considerando que, a partir da MP 513/2010 (que originou a Lei 12.409/2011 e suas alterações posteriores, MP 633/2013 e Lei 13.000/2014), a CEF



passou a ser administradora do FCVS, é aplicável o art. 1º da MP 513/2010 aos processos em trâmite na data de sua entrada em vigor (26.11.2010): 1.1.) sem sentença de mérito (na fase de conhecimento), devendo os autos ser remetidos à Justiça Federal para análise do preenchimento dos requisitos legais acerca do interesse da CEF ou da União, caso haja provocação nesse sentido de quaisquer das partes ou intervenientes e respeitado o § 4º do art. 1º-A da Lei 12.409/2011; e 1.2) com sentença de mérito (na fase de conhecimento), podendo a União e/ou a CEF intervir na causa na defesa do FCVS, de forma espontânea ou provocada, no estágio em que se encontra, em qualquer tempo e grau de jurisdição, nos termos do parágrafo único do art. 5º da Lei 9.469/1997, devendo o feito continuar tramitando na Justiça Comum Estadual até o exaurimento do cumprimento de sentença; e

2) Após 26.11.2010, é da Justiça Federal a competência para o processamento e julgamento das causas em que se discute contrato de seguro vinculado à apólice pública, na qual a CEF atue em defesa do FCVS, devendo haver o deslocamento do feito para aquele ramo judiciário a partir do momento em que a referida empresa pública federal ou a União, de forma espontânea

ou provocada, indique o interesse em intervir na causa, observado o § 4º do art. 64 do CPC e/ou o § 4º do art. 1º-A da Lei 12.409/2011.

É como voto.

## VOTO

### O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES:

Na origem, foi proposta ação indenizatória pelos recorridos, mutuários do Sistema Financeiro da Habitação - SFH, perante a Justiça do Estado do Paraná, em face da ora recorrente, Sul América Companhia Nacional de Seguros, tendo por causa de pedir vícios de construção de moradias e por pedido o valor devido pelo saneamento de defeitos apresentados pelos respectivos imóveis.

O Juízo de primeira instância declinou sua competência para a Justiça Federal, em razão do interesse jurídico da Caixa Econômica Federal - CEF na causa, decisão confirmada em sede de apelação pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Todavia, no Superior Tribunal Justiça - STJ, a Terceira Turma daquele Tribunal deu provimento ao Recurso Especial interposto pelos recorridos, ao aplicar entendimento constante de precedentes em que se definiram critérios cumulativos a partir dos quais se manifesta a presença do interesse jurídi-

co da Caixa para ingressar na demanda e, conseqüentemente, atrair a competência da Justiça Federal.

Na hipótese, o STJ entendeu que não houve o preenchimento dos seguintes requisitos, elencados pelo nobre Relator deste *leading case*, aptos a reconhecer o indigitado interesse da CEF:

"a) nos contratos celebrados de 2.12.1988 a 29.12.2009 período compreendido entre as edições da Lei 7.682/1998 e da MP 478/2009;

b) o instrumento estar vinculado ao Fundo de Compensação de Variações Salariais FCVS (apólices públicas, ramo 66); e

c) demonstração documentada pela instituição financeira de que há apólice pública, bem como ocorrerá o comprometimento do FCVS, com risco efetivo de exaurimento da reserva técnica do Fundo de Equalização de Sinistralidade da Apólice FESA, colhendo o processo no estado em que este se encontrar no instante em que houver a efetiva comprovação desse interesse, sem anulação de nenhum ato anterior. (eDOC 8, p. 80-81)."

A recorrente, então, interpôs o presente Recurso Extraordinário, sustentando violação aos arts. 5º, XXXV, e 109, I, da CARTA MAGNA, alegando, em síntese, ser "inegável que o Acórdão proferido nos EDcl aos EDcl no Resp 1.091.393/SC

(e também no Resp 1.091.363/SC), no qual se fundamenta a decisão ora recorrida, que introduziu condicionantes (limitações) ao ingresso da CEF nos autos e, em consequência, da União Federal, é manifestamente inconstitucional, eis que viola os arts. 109, Inciso I, e 5º, inciso XXXV, da CF."

A seguinte questão constitucional nele veiculada teve sua repercussão geral reconhecida, situada no Tema 1011 da sistemática da Repercussão Geral desta SUPREMA CORTE:

"Controvérsia relativa à existência de interesse jurídico da Caixa Econômica Federal para ingressar como parte ou terceira interessada nas ações envolvendo seguros de mútuo habitacional no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação e, conseqüentemente, à competência da Justiça Federal para o processamento e o julgamento das ações dessa natureza."

A União, a Caixa Econômica Federal, a Federação das Associações dos Moradores de Núcleos de Cohab e Similares no Estado de Pernambuco - FEMOCOHAB/PE e a Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização - CNSEG foram admitidos nos autos na condição de *amici curiae* (DJe de 23/10/2018).

Esse o abreviado dos autos, Sr. Presidente.

Na presente controvérsia, cumpre aferir, à luz da CONSTITUIÇÃO FEDERAL, se o interesse jurídico da Caixa Econômica Federal em participar das ações judiciais propostas por mutuários do SFH contra companhias seguradoras, em decorrência de falhas na construção de imóveis financiados pelo SFH, somente se evidencia em relação aos contratos firmados entre 2/12/1988 e 29/12/2009 e garantidos por apólice pública (Ramo 66), cuja cobertura fica a cargo do Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS, administrado pela CEF (destinado ao pagamento de indenizações securitárias da referida apólice), desde que, nessas hipóteses, haja a comprovação do comprometimento do FCVS, cabendo à Caixa demonstrar o risco efetivo de esgotamento da reserva técnica do Fundo de Equalização de Sinistralidade da Apólice de Seguro Habitacional - FESA nos autos de cada ação indenizatória.

Inicialmente, destaque-se não estar em debate neste caso piloto a possibilidade de a Justiça estadual apreciar se há ou não interesse jurídico da Caixa Econômica Federal nas respectivas causas que nela são propostas, uma vez que esta SUPREMA CORTE tem firme entendimento no sentido de que

esse mister incumbe à Justiça Federal. Nesse sentido:

"Agravamento regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Constitucional. 3. Competência da Justiça Federal para decidir sobre interesse jurídico nos casos em que há manifestação de empresa pública. Art. 109, I, CF. Prevalência. Precedentes. 4. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Agravo regimental a que se nega provimento." (ARE 898.975-AgR, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe de 2/8/2018).

Veja-se o que consta do voto do Relator, o eminente Ministro GILMAR MENDES:

"(...)

Tal entendimento decorre do fato de não se afigurar possível à órgão da justiça comum realizar juízo acerca de interesse manifestado pela Caixa Econômica Federal, na medida em que tal incumbência, segundo jurisprudência pacífica desta Corte, é exclusiva da Justiça Federal, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal.

Nesse sentido, além dos precedentes citados na decisão impugnada, confirmam-se os seguintes:

Embargos de declaração no recurso extraordinário recebidos como agravo regimental. Competência da Justiça Federal. Interesse da União. Artigo 109, inciso I, da Constituição Federal. Preceden-

tes. 1. A jurisprudência da Corte é firme no sentido de ser competente a Justiça Federal para processar as causas em que a União tenha interesse na lide e, no caso dos autos, houve manifestação expressa desse ente federativo sobre seu interesse. 2. Agravo regimental não provido. (RE-ED 627.852, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 16.9.2013)

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA, AÇÃO DE USUCAPIÃO. INTERESSE DA UNIÃO. C.F./67, art. 125, I; c.f./88, art. 109, I. I - Compete a Justiça Federal emitir juízo de valor sobre o interesse manifestado pela União, vale dizer, avaliar a realidade ou não desse interesse. II - No caso, a União contestou a lide e o Juízo comum estadual, sobre o fundamento de que a contestação seria intempestiva, afastou a União da causa. A Justiça Federal compete tal julgamento. III - R.E. conhecido e provido. (RE 116.434, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 24.11.1995)

Assim, em não sendo verificado o interesse jurídico da empresa pública, caberá à Justiça Federal reencaminhar os autos ao Tribunal de origem, para prosseguimento do feito. O que não se pode admitir, entretanto, é que órgão da justiça comum se avoque em competência constitucionalmente outorgada à juízo federal, como ocorreu na hipótese dos autos."

Na presente hipótese, o Tribunal de Justiça do Paraná manteve a declinação da competência para a Justiça Federal julgar a causa (e-Doc. 5, e-STJ fls. 409/419).

Ocorre que o STJ proferiu entendimento obstando a apreciação da matéria de fundo (danos materiais derivados de vícios na construção de imóvel segurado por Apólice Pública) pela Justiça Federal, pois, para tanto, além de o contrato de mútuo habitacional no SFH ter sido celebrado entre 2/12/1988 e 29/12/2009 sob a égide de apólice pública, a CEF deve demonstrar documentalmente o comprometimento do FCVS. Vejamos a ementa do aresto recorrido:

"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SEGURO HABITACIONAL. VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO. FORMAÇÃO DE LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO COM A CEF. DESNECESSIDADE. JUNTADA DE DOCUMENTO NOVO. IMPOSSIBILIDADE. 1.- "Nas ações envolvendo seguros de mútuo habitacional no âmbito do SFH, a CEF detém interesse jurídico para ingressar na lide como assistente simples somente nos contratos celebrados de 02/12/1988 a 29/12/2009 - período compreendido entre as edições da Lei n. 7.682/88 e da MP n. 478/09 - e nas hipóteses em que o instrumento estiver vinculado ao FCVS (apólices públicas, ramo 66). Ainda que compreendido no mencionado lapso

temporal, ausente a vinculação do contrato ao FCVS (apólices privadas, ramo 68), a CEF carece de interesse jurídico a justificar sua intervenção na lide. Ademais, o ingresso da CEF na lide somente será possível a partir do momento em que a instituição financeira provar documentalmente o seu interesse jurídico, mediante demonstração não apenas da existência de apólice pública, mas também do comprometimento do FCVS, com risco efetivo de exaurimento da reserva técnica do FESA, colhendo o processo no estado em que este se encontrar no instante em que houver a efetiva comprovação desse interesse, sem anulação de nenhum ato anterior." (EDcl nos EDcl no REsp 1.091.363, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. MARIA ISABEL GALLOTTI, Rel<sup>a</sup>. p/ Acórdão Min<sup>a</sup>. NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, data do julgamento 10/10/2012). 2.- Ao que se depreende, tais requisitos não foram demonstrados no Acórdão recorrido, não havendo que se falar, portanto, na existência de interesse jurídico da CEF em integrar a lide. 3.- A juntada de documento novo, objetivando demonstrar o comprometimento do FCVS, não é admitida nesta sede excepcional (CPC, art. 397 e RISTJ, art. 141, II). 4.- Agravo Regimental improvido."

Pois bem. A meu ver, com a devida vênia a posições divergentes, penso ser o caso de fazer reparos no aresto recorrido.

Os requisitos assentados pelo Tribunal a quo, se manti-

dos, violam a divisão de competência jurisdicional definida pela CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988.

Vejamos.

Dispõe o art. 109, I, da nossa CARTA MAGNA:

"Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

"I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho;"

Como salientado na doutrina, "toda a divisão da Justiça tem origem na Constituição Federal. Como regra, a competência será da Justiça estadual, salvo os casos em que a Constituição especificou a competência federal ou especializada. Para Mário Guimarães, disse "'se infere um preceito de ordem prática: na dúvida, em caso de conflito, interprete-se em favor da regra, e não da exceção'" (ANDRÉ RAMOS TAVARES. Curso de Direito Constitucional. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2019).

No presente contexto, indene de dúvidas e prescindível de provas o interesse da CEF quando litigiosa a relação jurídica entre companhias de seguros e mutuários cujo contrato de financiamento de imóvel adquirido pelo Sistema Financeiro de Habitação - SFH esteja vinculado ao FCVS

(apólice pública/ramo 66), haja vista ser a administradora do fundo, o qual se responsabiliza por vícios estruturais nos respectivos imóveis, conforme previsto na Lei 12.049/2011.

Essa asserção reforça-se na medida em que as postulações da União, com base na Lei 9.649/1997, e da CEF, como *amicus curiae*, nos termos do art. 138 do CPC, foram deferidas pelo Relator (DJe de 23/10/2018).

Ressalte-se não se tratar de juízo hermenêutico da legislação infraconstitucional em sede recursal extraordinária, mas de mera constatação de que o ordenamento jurídico confere à instituição financeira atribuições de curadoria do indigitado fundo, sendo, portanto, a representante legal de seus interesses. Vejamos:

"Art. 1º Fica o Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS autorizado, na forma disciplinada em ato do Conselho Curador do Fundo de Compensação de Variações Salariais - CCFCVS, a:

I - assumir os direitos e obrigações do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro da Habitação - SH/SFH, que contava com garantia de equilíbrio permanente e em âmbito nacional do Fundo em 31 de dezembro de 2009;

II - oferecer cobertura direta aos contratos de financiamento habitacional averbados na extinta Apólice do SH/SFH; e

III - remunerar a Caixa Econômica Federal, na qualidade de administradora do FCVS, pelas atribuições decorrentes do disposto neste artigo.

Parágrafo único. A cobertura direta de que trata o inciso II do caput poderá cobrir:

I - o saldo devedor de financiamento habitacional, em caso de morte ou invalidez permanente do mutuário; e  
II - as despesas relacionadas à cobertura de danos físicos ao imóvel e à responsabilidade civil do construtor."

Assim, em havendo demanda securitária envolvendo apólice pública do FCVS, nada impede o ingresso da Caixa na causa, independentemente da comprovação de que a reserva técnica do Fundo de Equalização de Sinistralidade da Apólice - FESA apresenta riscos efetivos.

E, ao receber o processo no estado jurídico-processual em que ele se encontrar, mesmo após a comprovação documental do referido risco, sem anulação de nenhum ato pretérito, como propõe o aresto recorrido, violasse frontalmente o art. 5º, LIV e LV da CARTA MAGNA, a saber:

"LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegura-



rados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;"

No ponto, defendi que tais comandos constitucionais de direitos e garantias fundamentais, no tocante à ampla defesa, asseguram aos litigantes condições que lhes possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*). (*Direito constitucional*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2017, capítulo 3, item 24).

Logo, procede o zelo do eminente Relator em relação à repercussão econômica inserta na questão controvertida, certo que, como observado pela doutrina, embora "o FCVS também teve por finalidade servir de fundo ressegurador para resguardar o equilíbrio do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro de Habitação, de acordo com o estipulado no art. 1º, I, do Decreto-Lei n. 2.406/1988 (...), não é incomum a instauração de demandas requerendo a cobertura do FCVS em contratos que se sabe não ter havido contribuição." (FELICIANO DE CARVALHO. *A amortização negativa no SFH e a questão do Fundo de Compensação de Variações Salariais*. Revista CEJ, v. 18, n. 62, p. 83-95, jan./abr. 2014).

Ainda, ao que parece, olvidou o STJ o seu próprio entendimento sumulado, como advertido e indagado pela eminente Ministra em seu voto vista nos EDcl nos EDcl nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.091.363 - SC. Vejamos as seguintes passagens:

"(...) a tese repetitiva aprovada no acórdão embargado não explica o que se exige da CEF para demonstrar, caso a caso, o seu interesse jurídico em intervir nos autos em cada hipótese em que comprovadamente a apólice seja pública, vinculada ao FCVS. A circunstância de a apólice pública (ramo 66) ser garantida (até a entrada em vigor da MP 478/2009) e, atualmente, diretamente coberta pelo FCVS não é, no entender do acórdão ora embargado, suficiente para autorizar a intervenção da CEF na condição de representante do FCVS. Mas se garantir e, hoje, pagar diretamente a condenação objetivada pelo autor da ação não é suficiente para assegurar a intervenção nos autos do representante do FCVS, o que seria necessário demonstrar, no entendimento do acórdão embargado, para tal desiderato? (...)

A jurisprudência da Corte Especial de há muito consolidou-se no sentido de que, havendo possibilidade comprometimento do FCVS, deve haver a intervenção nos autos de seu representante, a CEF, o que justifica a remessa do processo à Justiça Federal, esta a

competente para decidir sobre sua própria competência (Súmula 150). Não vejo, data maxima venia, porque seria diferente nas causas em que o FCVS é chamado a cobrir, ao invés do saldo devedor do mútuo habitacional, sinistro coberto pela extinta apólice pública."

De qualquer forma, ocorreu importante mudança no cenário normativo com o advento da Medida Provisória 633/2013, convertida na Lei 13.000/2014, a seguir transcrita, no que interessa à hipótese:

"Art. 3º A Lei nº 12.409, de 25 de maio de 2011, passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 1º-A. Compete à Caixa Econômica Federal - CEF representar judicial e extrajudicialmente os interesses do FCVS.

§ 1º A. CEF intervirá, em face do interesse jurídico, nas ações judiciais que representem risco ou impacto jurídico ou econômico ao FCVS ou às suas subcontas, na forma definida pelo Conselho Curador do FCVS.

§ 2º Para fins do disposto no § 1º, deve ser considerada a totalidade das ações com fundamento em idêntica questão de direito que possam repercutir no FCVS ou em suas subcontas.

§ 3º Fica a CEF autorizada a realizar acordos nas ações judiciais, conforme parâmetros aprovados pelo CCFCVS e pela Advocacia-Geral da União.

§ 4º Todos os atos processuais realizados na Justiça Estadual ou na do Distrito Federal devem ser aproveitados na Justiça Federal, na forma da lei.

§ 5º As ações em que a CEF intervir terão prioridade de tramitação na Justiça Federal nos casos em que figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, pessoa portadora de deficiência física ou mental ou pessoa portadora de doença grave, nos termos da Lei nº 12.008, de 29 de julho de 2009.

§ 6º A CEF deverá ser intimada nos processos que tramitam na Justiça Comum Estadual que tenham por objeto a extinta apólice pública do Seguro Habitacional do Sistema Financeiro de Habitação - SH/SFH, para que manifeste o seu interesse em intervir no feito.

§ 7º Nos processos em que a apólice de seguro não é coberta pelo FCVS, a causa deverá ser processada na Justiça Comum Estadual.

§ 8º Caso o processo trate de apólices públicas e privadas, deverá ocorrer o desmembramento do processo, com a remessa à Justiça Federal apenas dos pleitos fundados em apólices do ramo público, mantendo-se na Justiça Comum Estadual as demandas referentes às demais apólices."

Inclusive, já se fazem sentir os reflexos da Lei 13.000/2014, que impactou o desate do julgado proferido pela Primeira Seção do STJ, ressaltando que,



por consequência do novel preceito, "sendo a Caixa Econômica Federal responsável pela gestão do FCVS e sendo, notoriamente, empresa pública federal, não há como afastar a competência da justiça especializada federal, a teor do art. 109, I, da Constituição Federal de 1988, para julgar os processos em que se discutam contrato do SFH com previsão da cláusula do FCVS." (AgRg no CC 132.745/SP, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe de 27/3/2015).

Com efeito, há notícias de que o passivo do FCVS, no ano de 2018, atingiu R\$ 33 bilhões de reais somente em provisões para questões judicializadas e riscos atuarias de contratos vigentes e encerrados, sendo que, no fim do ano de 2016, seu patrimônio líquido era negativo na razão de R\$ 106 bilhões de reais a serem cobertos pelo Tesouro Nacional. A responsabilidade total do FCVS, fundo com garantia pública, realizada na posição de 30/11/2017, é da ordem de R\$ 277,7 bilhões, referente a 3.375.825 contratos, dos quais 1.545.031 já foram novados e 1.830.794 estão por novar. Em termos de dívida quitada (pelo Tesouro Nacional com base nos dispositivos da Lei nº 10.150/2000), o montante é de R\$ 158,2 bilhões", sendo o "déficit técnico do FCVS, apurado pela referida avaliação atuarial de 30/

11/2017, corresponde a R\$ 111,2 bilhões", segundo consta do sítio do Tesouro Nacional hospedado na rede mundial de computadores (tesouro.fazenda.gov.br).

Esse grave quadro alinha-se às Exposições de Motivos da MP 633/2013 submetidas à apreciação Presidencial. Delas transcrevem-se os seguintes excertos:

"9. Cabe ressaltar também que se verificou ao longo dos anos uma proliferação em vários Estados de escritórios de advocacia especializados em litigar contra as seguradoras que operavam o SH/SFH e uma fragilidade na defesa apresentada nessas ações judiciais. Tal fato foi inclusive denunciado pelo Tribunal de Contas da União - TCU, por meio do Acórdão nº 1924/2004.

10. Nesses processos, as seguradoras vêm sendo condenadas a pagar indenizações por danos não previstos na Apólice do SH/SFH e até sobre imóveis que não possuem mais ou nunca possuíram previsão de cobertura. Algumas dessas condenações, por envolverem imóveis que contam ou contaram no passado com a garantia do Seguro Habitacional do SFH, podem repercutir no FCVS, tendo em vista ser o Fundo o garantidor do equilíbrio do SH/SFH, o que confirma o agravamento do risco para o Tesouro Nacional. O número de ações judiciais, que por ocasião da edição da Medida Provisória nº 478, de 2009, era de 11 mil, hoje

já é da ordem de 35 mil, e estima-se que possa chegar a 270 mil, considerando-se a quantidade de operações vinculadas ao extinto SH/SFH ainda ativas em contratos que se encerram até o ano de 2029.

11. A fim de assegurar que os direitos da União sejam devidamente resguardados, por meio da correta defesa nos processos judiciais, é que se propõe a edição da presente Medida Provisória, que determina à Caixa Econômica Federal intervir em todos os processos que representem risco ou impacto jurídico ou econômico ao Fundo ou às suas subcontas.

12. A proposta também prevê, expressamente, a possibilidade de intervenção da União, por intermédio da Advocacia-Geral da União, nos processos judiciais, ou sua avocação, de modo a assegurar efetividade da defesa judicial do FCVS e a robustecê-la, especialmente quando a relevância ou materialidade do assunto assim o justificarem, como por exemplo, nas ações em que há questionamento pela negativa de cobertura pelo FCVS dos saldos devedores residuais dos mutuários que possuíam mais de um financiamento no âmbito do SFH."

A União, *amicus curiae* neste *leading case*, em memorial, destaca a importância da apropriada atuação da CEF em defesa do fundo público nas mais de 68.000 demandas judiciali-

zadas em razão de que "qualquer contrato de financiamento habitacional com mutuários do SFH desde os anos 60 até a edição da MP nº 1671/98 (que criou a possibilidade de contratação de seguros fora da apólice pública), contou com a cobertura do SH/SFH e, portanto, são de responsabilidade do FCVS", tornando-se imprescindível sua presença nos autos a fim de apresentar "informações e documentos pertinentes à identificação ou rejeição do direito alegado pelos autores, no que diz respeito às apólices públicas vinculadas ao SH/SFH (ramo 66), atuando, portanto, de forma a salvaguardar os interesses do FCVS, e por consequência, promovendo o devido resguardo do orçamento público."

De minha parte, estou convencido de que, independentemente da instituição Lei 13.000/2014 e de comprovação dos riscos ao fundo em tela, nos autos de demandas propostas nas instâncias a quo, a Caixa Econômica Federal detém legítimo interesse nas causas em que se discutem danos indenizáveis a cargo de apólice pública garantida pelo FCVS, que, por vis attractiva, compete à Justiça Federal processar e julgar a causa (art. 109, I, da CARTA MAGNA), como se constata do seguinte precedente:

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL. COMPETÊNCIA. EMPRESA PÚBLICA. LITISCONSORTES ATIVOS COM DOMICÍLIOS DIVERSOS. FACULDADE DE INTENTAR A AÇÃO NO DOMICÍLIO DE QUALQUER DELES. CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTIGO 109, INCISO I. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Compete à Justiça Federal julgar as causas contra a União, entidade autárquica ou empresa pública federais em que forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho e, ante a existência de ações plúrimas, na qual figuram litisconsortes ativos com domicílios diversos, impõe-se viabilizar o exercício da faculdade outorgada aos jurisdicionados que, na relação processual, apresentam como hipossuficientes, aplicando-se analogicamente o disposto no artigo 109, § 2º, da Carta Federal à entidade autárquica e à empresa pública. 2. In casu, tem-se recurso extraordinário interposto contra acórdão proferido em agravo de instrumento formalizado contra decisão que, acolhendo exceção de incompetência territorial do Juízo da 4ª Vara Federal de Curitiba/PR, determinando a extração de cópias e a remessa de peças ao juízo do respectivo domicílio desses. A decisão agravada, à vista da sedimentada jurisprudência, assentou que basta a presença de qualquer dos entes rela-

cionados no inciso I do artigo 109 da Constituição Federal em um dos polos da relação processual para que seja fixada a competência da Justiça Federal para o processamento e julgamento da lide, considerada a faculdade conferida à parte hipossuficiente, pode ele optar em formar litisconsorte com aquele residente na Seção Judiciária em que proposta a ação. 3. Nego provimento ao agravo regimental." (RE 511.244-AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe de 20/3/2013).

Ante o exposto, DOU PROVIMENTO ao Recurso Extraordinário para reconhecer a existência de interesse jurídico da Caixa Econômica Federal e a competência da Justiça Federal para processar e julgar a ação securitária.

Como tese, proponho: "A Caixa Econômica Federal, na condição de administradora do Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS, detém interesse jurídico para participar das demandas em que discutem contratos por apólice pública (ramo 66) e garantidos pelo FCVS."

## VOTO

**O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN:** Trata-se de recurso extraordinário, com repercussão geral reconhecida, cuja controvérsia constitucional, com fundamento em ofensa aos artigos 109, I, (competência da Jus-

tiça Federal) e 5º, XXXV, (acesso à Justiça) da Constituição da República, diz respeito à presença, ou não, de interesse jurídico da Caixa Econômica Federal para ingressar como parte ou terceira interessada nas ações envolvendo seguros de mútuo habitacional do SFH, e, conseqüentemente, a caracterização de competência da Justiça Federal para julgamento dessas ações.

Afirma a Recorrente que, na origem, "*(...) cuida-se, (...), de ação ordinária de indenização proposta contra companhia seguradora por alegados danos oriundos de vícios de construção em imóveis com financiamento do Sistema Financeiro da Habitação - SFH, garantidos pelo Seguro Habitacional do Governo, conhecido como Apólice Pública, do Ramo 66, com cobertura do Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS, administrado pela Caixa Econômica Federal.*"

Sustenta, ainda, que "*(...) a União, como parte da política pública de habitação, destina anualmente recursos orçamentários expressivos ao FCVS para cobrir o déficit do SH/SFH, impondo à CEF, como gestora do FCVS, o ingresso em todas as ações que tenham como causa de pedir remota o SH/SFH, a fim de defender o interesse público. Não há, portanto, como afastar o interesse jurídico da CEF e da União nem a competência da Justiça Federal.*"

Postula, por fim, o reconhecimento da "*(...) competência da Justiça Federal para processar e julgar a ação, em razão do incontestável interesse jurídico da Caixa Econômica Federal, (...)*", argumentando que "*(...) é inegável que o Acórdão proferido nos EDcl aos EDcl no Resp 1.091.393/SC (e também Resp 1.091.363/SC), no qual se fundamenta a decisão ora recorrida, que introduziu condicionantes (limitações) ao ingresso da CEF nos autos e, em consequência, da União Federal, é manifestamente inconstitucional, eis que viola os arts. 109, inciso I, e 5º, inciso XXXV, da CF.*"

O acórdão objeto do presente recurso extraordinário proferido pelo Superior Tribunal de Justiça afirmou expressamente a competência da Justiça Comum para julgamento da ação de indenização proposta, por entender não configurados os requisitos cumulativos necessários para o reconhecimento do interesse jurídico da Caixa Econômica Federal para integrar a lide. Eis as razões postas na decisão ora recorrida;

(...)

5.- Desse modo, verifica-se que no julgamento acima transcrito foram definidos os critérios cumulativos para reconhecimento do interesse jurídico da CEF para ingressar na lide como assistente simples,

e, por consequência, atrair a competência da Justiça Federal: a) nos contratos celebrados de 2.12.1988 a 29.12.2009 - período compreendido entre as edições da Lei 7.682/1988 e da MP 478/2009; b) o instrumento estar vinculado ao Fundo de Compensação de Variações Salariais - FCVS (apólices públicas, ramo 66); e c) demonstração documentada pela instituição financeira de que há apólice pública, bem como ocorrerá o comprometimento do FCVS, com risco efetivo de exaurimento da reserva técnica do Fundo de Equalização de Sinistralidade da Apólice - FESA, colhendo o processo no estado em que este se encontrar no instante em que houver a efetiva comprovação desse interesse, sem anulação de nenhum ato anterior.

6.- Ao que se depreende, o preenchimento dos requisitos acima transcritos não foi demonstrado nos autos, o que afasta a existência de interesse jurídico da CEF em integrar a lide, e, por consequência, o reconhecimento da competência da Justiça Federal para o julgamento da causa.

7.- Acresce quanto à alegação da existência de documento novo comprobatório do comprometimento do FCVS, que os arts. 397 do CPC e 141, II, do RISTJ não autorizam pedido de análise de novas provas, juntadas apenas com o Recurso Especial ou mesmo posteriormente a este. Tal providência não encontra abrigo dentro das peculiaridades dos recur-

sos de índole extraordinária, porque mesmo as provas e contratos já examinados pelas outras instâncias não podem ser valorados pelo STJ (AgRg no REsp 1.140.282/RS, Rel. Min. SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJe 12.5.10). E, ainda: EDcl no REsp 1.221.718/RJ, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 23.4.12; REsp 732.150/SP, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJ 21.8.06; AgRg no Ag 115.107/AP, Rel. Min. WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, DJ 31.3.97).

As premissas fáticas necessárias ao deslinde da controvérsia aqui encetada estão postas na lide, desde as instâncias ordinárias, quais sejam, de que não foram atendidos os requisitos necessários para reconhecer-se o interesse jurídico da Caixa Econômica Federal no presente feito, o que, conseqüentemente, chancela a competência da justiça comum estadual para processar e julgar a ação de indenização ajuizada contra a seguradora, com o fim de reparar danos decorrentes de vícios de construção do imóvel financiado no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação.

A jurisdição desta Suprema Corte tem limites forjados na própria natureza constitucionalmente estabelecida pela Constituição à suas atribuições originárias e recursais. Não há margem para, fora dos limites

impostos pelas especificidades do processo constitucional, o Supremo Tribunal Federal invadir espacialidade de poder destinado a outras Cortes do sistema judiciário brasileiro.

Tendo o Superior Tribunal de Justiça, estabelecido, no âmbito da sistemática dos recursos repetitivos, critérios objetivos fundados no regime jurídico legal regente da controvérsia ora trazida ao Supremo Tribunal Federal, não há margem para sobreposição de competências, devendo-se respeitar o resultado do exercício, bem posto, da competência esgotada naquela Corte Superior.

A tentativa de rediscutir as premissas e as conclusões da decisão do Superior Tribunal de Justiça, tomada na sistemática de recursos repetitivos, argumentando com a inconstitucionalidade dessa própria decisão, não alcança o sentido que deve nortear o direito/dever fundamental da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CRFB), expressando mero inconformismo com solução desfavorável ao interesses em litígio.

Reconhecidas como verdadeiras as premissas fáticas da lide, limite intrínseco da jurisdição extraordinária perante esta Suprema Corte, os argumentos acerca da presença do interesse jurídico da Caixa Econômica Federal - e da conse-

quente competência da Justiça Federal para apreciar a demanda - não se sustentam por nenhum ângulo.

Não há, nesse contexto, que se reclamar por acesso à Justiça, notadamente se se considerar que a prestação jurisdicional foi ofertada, à exaustão, por três instâncias diferentes do Poder Judiciário brasileiro. Também não há que se falar em usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, ou, de qualquer outro ramo do Poder Judiciário pátrio, porquanto o devido processo legal, tanto formal, quanto material, foi observado, durante todo o julgamento da presente lide.

Não vislumbro, pois, nem os vícios apontados nas razões do recurso extraordinário, nem outros que possam macular a correção tecnicojurídica da decisão ora recorrida. O inconformismo da Recorrente e demais interessados decorre mais das vicissitudes impostas pela realidade subjacente à decisão proferida pelo poder competente, do que da vontade de Constituição emergente de seu senso cívico-republicano. Pelas razões expostas, nego provimento ao recurso extraordinário.

É como voto.



## DECISÃO

O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 1.011 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para restabelecer o acórdão do TJPR, declarando a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito em relação aos contratos acobertados pelo FCVS, a qual deverá apreciar o aproveitamento dos atos praticados na Justiça Estadual, na forma do § 4º do art. 1º-A da Lei 12.409/2011, devendo o Juízo da 5ª Vara Cível de Maringá ser comunicado deste julgamento para que remeta, in continenti, os autos 0013152-34.2009.8.16.0017 à Subseção Judiciária de Maringá, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin, Marco Aurélio, Rosa Weber e Celso de Mello, que negavam provimento ao recurso. Foram fixadas as seguintes teses: 1) "Considerando que, a partir da MP 513/2010 (que originou a Lei 12.409/2011 e suas alterações posteriores, MP 633/2013 e Lei 13.000/2014), a CEF passou a ser administradora do FCVS, é aplicável o art. 1º da MP 513/2010 aos processos em trâmite na data de sua entrada em vigor (26.11.2010): 1.1.) sem sentença de mérito (na fase de conhecimento), devendo os autos ser remetidos à Justiça Federal para análise do preenchimento dos requisitos legais acerca do interesse da CEF ou da

União, caso haja provocação nesse sentido de quaisquer das partes ou intervenientes e respeitado o § 4º do art. 1º-A da Lei 12.409/2011; e 1.2) com sentença de mérito (na fase de conhecimento), podendo a União e/ou a CEF intervir na causa na defesa do FCVS, de forma espontânea ou provocada, no estágio em que se encontre, em qualquer tempo e grau de jurisdição, nos termos do parágrafo único do art. 5º da Lei 9.469/1997, devendo o feito continuar tramitando na Justiça Comum Estadual até o exaurimento do cumprimento de sentença"; e 2) "Após 26.11.2010, é da Justiça Federal a competência para o processamento e julgamento das causas em que se discute contrato de seguro vinculado à apólice pública, na qual a CEF atue em defesa do FCVS, devendo haver o deslocamento do feito para aquele ramo judiciário a partir do momento em que a referida empresa pública federal ou a União, de forma espontânea ou provocada, indique o interesse em intervir na causa, observado o § 4º do art. 64 do CPC e/ou o § 4º do art. 1º-A da Lei 12.409/2011". Falaram: pela recorrente, os Drs. Marcus Vinícius Furtado Coelho, José Eduardo Cardozo e Ana Tereza Basílio; pelo recorrido, o Dr. Daniel Francisco Mitidiero; pelo amicus curiae Federação das Associações dos Moradores de Núcleos de COHAB e Simi-

lares no Estado de Pernambuco - FEMOCOHAB/PE, o Dr. Guilherme Veiga Chaves; pelo amicus curiae Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização - CNSEG, o Dr. Gustavo Binenbojm; pelo amicus curiae União, a Dra. Izabel Vinchon Nogueira de Andrade, Secretária Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União; e, pelo amicus curiae Caixa Econômica Federal

- CEF, o Dr. Gryecos Loureiro. Afirmou suspeição o Ministro Roberto Barroso. Plenário, Sessão Virtual de 19.6.2020 a 26.6.2020.

Composição: Ministros Dias Toffoli (Presidente), Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Carmen Lilian Oliveira de Souza, Assessora-Chefe do Plenário.



# Superior Tribunal de Justiça

**Honorários de sucumbência. Natureza alimentar. Penhora de salário. Impossibilidade.<sup>1</sup>**

## EMENTA OFICIAL

RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. NATUREZA ALIMENTAR. EXCEÇÃO DO § 2º DO ART. 833. PENHORA DA REMUNERAÇÃO DO DEVEDOR. IMPOSSIBILIDADE. DIFERENÇA ENTRE PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA E VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR. JULGAMENTO: CPC/15.

1. Ação de indenização, na fase de cumprimento de sentença para o pagamento dos honorários advocatícios, da qual foi extraído o presente recurso especial, interposto em 12/02/2019 e atribuído ao gabinete em 18/06/2019.

2. O propósito recursal é decidir se o salário do devedor pode ser penhorado, com base na exceção prevista no § 2º do art. 833 do CPC/15, para o pagamento de honorários advocatícios, por serem estes dotados de natureza alimentar, nos

termos do art. 85, § 14, do CPC/15.

3. Devidamente analisadas e discutidas as questões de mérito, e suficientemente fundamentado o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional, não há que se falar em violação do art. 1.022, II, do CPC/15.

4. Os termos “prestação alimentícia”, “prestação de alimentos” e “pensão alimentícia” são utilizados como sinônimos pelo legislador em momentos históricos e diplomas diversos do ordenamento jurídico pátrio, sendo que, inicialmente, estavam estritamente relacionados aos alimentos familiares, e, a partir do CC/16, passaram a ser utilizados para fazer referência aos alimentos indenizatórios e aos voluntários.

5. O termo “natureza alimentar”, por sua vez, é derivado de “natureza alimentícia”, o qual foi introduzido no ordenamento jurídico pela Constituição de 1988, posteriormente conceituado pela EC

<sup>1</sup> Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1872095&num\\_registro=201901412378&data=20200826&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1872095&num_registro=201901412378&data=20200826&formato=PDF)>.

nº 30/2000, constando o salário como um dos exemplos.

6. Atento à importância das verbas remuneratórias, o constituinte equiparou tal crédito ao alimentício, atribuindo-lhe natureza alimentar, com o fim de conceder um benefício específico em sua execução, qual seja, a preferência no pagamento de precatórios, nos termos do art. 100, § 1º, da CRFB.

7. As verbas remuneratórias, ainda que sejam destinadas à subsistência do credor, não são equivalentes aos alimentos de que trata o CC/02, isto é, àqueles oriundos de relações familiares ou de responsabilidade civil, fixados por sentença ou título executivo extrajudicial.

8. Uma verba tem natureza alimentar quando destinada à subsistência do credor e de sua família, mas apenas se constitui em prestação alimentícia aquela devida por quem tem a obrigação de prestar alimentos familiares, indenizatórios ou voluntários em favor de uma pessoa que, necessariamente, deles depende para sobreviver.

9. As verbas remuneratórias, destinadas, em regra, à subsistência do credor e de sua família, mereceram a atenção do legislador, quando a elas atribuiu natureza alimentar. No que se refere aos alimentos, porque revestidos de grave urgência – porquanto o alimentando depende exclusivamen-

te da pessoa obrigada a lhe prestar alimentos, não tendo outros meios para se socorrer – , exigem um tratamento mais sensível ainda do que aquele conferido às verbas remuneratórias dotadas de natureza alimentar.

10. Em face da nítida distinção entre os termos jurídicos, evidenciada pela análise histórica e pelo estudo do tratamento legislativo e jurisprudencial conferido ao tema, forçoso concluir que não se deve igualar verbas de natureza alimentar às prestações alimentícias, tampouco atribuir àquelas os mesmos benefícios conferidos pelo legislador a estas, sob pena de enfraquecer a proteção ao direito, à dignidade e à sobrevivência do credor de alimentos (familiares, indenizatórios ou voluntários), por causa da vulnerabilidade inerente do credor de alimentos quando comparado ao credor de débitos de natureza alimentar.

11. As exceções destinadas à execução de prestação alimentícia, como a penhora dos bens descritos no art. 833, IV e X, do CPC/15, e do bem de família (art. 3º, III, da Lei 8.009/90), assim como a prisão civil, não se estendem aos honorários advocatícios, como não se estendem às demais verbas apenas com natureza alimentar, sob pena de eventualmente termos que cogitar sua aplica-

ção a todos os honorários devidos a quaisquer profissionais liberais, como médicos, engenheiros, farmacêuticos, e a tantas outras categorias.

12. Recurso especial conhecido e não provido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Benedito Gonçalves conhecendo do recurso especial e negando-lhe provimento, no que foi acompanhado pelo voto do Sr. Ministro Francisco Falcão, e os votos dos Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Raul Araújo e Napoleão Nunes Maia Filho, que retificou o voto anteriormente proferido, conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento, , por maioria, conhecer do recurso especial e negar-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Benedito Gonçalves e Francisco Falcão votaram com a Sra. Ministra Relatora. Vencidos os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Og Fernandes, Luis Felipe Salo-

)mão, Mauro Campbell Marques e Raul Araújo que conheciam do recurso especial e davam-lhe provimento.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 03 de agosto de 2020(Data do Julgamento).

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Presidente.

MINISTRA NANCY ANDRIGHI, Relatora.

REsp 1.815.055. DJe 26/08/2020.

## RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO NANCY ANDRIGHI (RELATORA):

Cuida-se de recurso especial interposto por GORDILHO E NAPOLITANO ADVOGADOS ASSOCIADOS, com fundamento na(s) alínea(s) “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão do TJ/SP.

Ação: indenizatória ajuizada por EDIVALDO PINTO FONSECA, em face de VOLKSWAGEN DO BRASIL -INDÚSTRIA DE VEÍCULOS AUTOMOTORES LTDA e COMERCIAL GERMÂNICA LTDA, atualmente na fase de cumprimento de sentença referente aos honorários sucumbenciais.

Decisão interlocutória: deferiu pedido de penhora de 15% (quinze por cento) do salário do recorrido para o pagamento do débito decorrente de honorários advocatícios, até o total de R\$ 3.285,80 (três mil, duzentos e oitenta e cinco reais e oitenta centavos).

Acórdão: deu parcial provimento ao agravo de instrumento interposto pelo recorrido, para afastar a determinação de penhora de percentual de seu salário, nos termos da seguinte ementa:

**CUMPRIMENTO DE SENTENÇA**

-Concessão do benefício da gratuidade da justiça que produz efeitos "ex nunc", é dizer, apenas a partir do deferimento da benesse, não alcançando, pois, a condenação do agravante ao pagamento da verba sucumbencial e às verbas atinentes às custas e honorários periciais, ocorrida antes da concessão do benefício - Impossibilidade de penhora de percentual do salário do agravante, para o pagamento de débito decorrente de honorários advocatícios -Embora se confira aos honorários advocatícios natureza alimentícia, não há como subsumi-los à expressão "prestação alimentícia", prevista no § 2º do art. 833 do CPC, de sorte a permitir que se excepcione a regra da impenhorabilidade absoluta, estabelecida pelo "caput" de referido dispositivo legal, cabível, tão somente, em caso de configuração das situações excepcionais, relacionadas taxativamente pelo próprio legislador, sem possibilidade de ampliação pelo aplicador do direito -A expressão "prestação alimentícia", constante do § 2º do art. 833 do CPC, compreende apenas obrigações decorrentes de direito de família ou de responsabilidade civil, "ex

vi" dos arts. 948, II; 951 e 1.696, todos do Código Civil - As normas jurídicas que contemplam exceções, por força de conhecida regra de hermenêutica jurídica, não comportam exegese ampliativa ou analógica, devendo ser interpretadas, antes, restritivamente, sob pena de ensejar privilégio não previsto em lei, o que não se pode conceber -Precedentes do STJ -Reforma da decisão agravada - Recurso parcialmente provido.

Embargos de Declaração: opostos pela recorrente, foram rejeitados.

Recurso especial: alega violação dos arts. 85, § 14, e 1.022, II, do CPC/15, bem como dissídio jurisprudencial.

Além de negativa de prestação jurisdicional, sustenta, em síntese, que é possível a penhora de salário do devedor para o pagamento de honorários advocatícios, considerando-se a natureza alimentar desta verba. Juízo prévio de admissibilidade: o TJ/SP admitiu o recurso especial.

É o relatório.

**VOTO**

O EXMO. SR. MINISTRO NANCY ANDRIGHI (RELATORA):

O propósito recursal é decidir se o salário do devedor (recorrido) pode ser penhorado, com base na exceção prevista no § 2º do art. 833 do CPC/15, para o pagamento de honorários advocatícios, por se trata-

rem estes de verba de natureza alimentar, nos termos do art. 85, § 14, do CPC/15.

## 1. DA NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Alegam os recorrentes ser omissa o acórdão impugnado porque o TJ/SP “adotou premissa equivocada, deixando de considerar alimentar a verba honorária a partir da sua raiz material, já que passa a ter privilégios expropriatórios tão logo seja constatado crédito com tal natureza” (fl. 358, e-STJ).

Entretanto, ao contrário do que tentam fazer crer os recorrentes, o TJ/SP se manifestou, expressa e claramente, sobre a questão, consoante se infere do seguinte trecho:

No mais, respeitado o entendimento em sentido contrário, embora se confira aos honorários advocatícios natureza alimentícia, não há como subsumi-los na expressão “prestação alimentícia”, prevista no § 2º do artigo 833 do Código de Processo Civil, de sorte a permitir que se excepcione a regra da impenhorabilidade absoluta, estabelecida pelo “caput” de referido dispositivo legal, cabível, tão somente, em caso de configuração das situações excepcionais relacionadas taxativamente pelo próprio legislador, sem possibilidade de ampliação pelo aplicador do direito.

Com efeito, a nosso ver, a expressão “prestação alimentícia”, constante do § 2º do artigo 833 do Código de Processo Civil, compreende apenas obrigações decorrentes de direito de família ou de responsabilidade civil, “ex vi” dos artigos 948, II; 951 e 1.696, todos do Código Civil.

E, como é cediço, as normas jurídicas que contêm exceções, tal qual a acima apontada, por força de conhecida regra de hermenêutica jurídica, sabidamente, não comportam exegese ampliativa ou analógica, devendo ser interpretadas, antes, restritivamente, sob pena de ensejar privilégio não previsto em lei, o que não se pode conceber. (fls. 326-327, e-STJ)

Logo, sem adentrar no acerto ou desacerto do julgamento, certo é que foram devidamente analisadas e discutidas as questões suscitadas, estando suficientemente fundamentado o acórdão recorrido, de modo a esgotar a prestação jurisdicional.

À vista disso, não há omissão a ser suprida, de modo que não se vislumbra a alegada violação do art. 535, II, do CPC/73.

## 2. ANÁLISE HISTÓRICA SOBRE A MATÉRIA

### 2.1. ORIGEM DO TERMO “PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA”

A origem da obrigação de prestar alimentos remonta, pelo menos, ao final da República Romana, na qual, confor-

me doutrina de Moreira Alves, vigorava o princípio de que o testador tinha o “dever de afeição” (*officium pietatis*) para com seus parentes mais próximos, não podendo deixar de contemplá-los, sem motivo razoável, em seu testamento. Posteriormente, no principado romano, surge entre os pais e os filhos, reciprocamente, o direito a alimentos, o qual, a partir de então, começa a se tornar um instituto estável. (ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 666 e 760).

No Brasil, o tema passa a ser regulamentado de maneira mais detalhada em 1858, com a Consolidação das Leis Civis brasileiras que, em seu capítulo sobre direitos entre os pais e os filhos, fez menção ao termo “prestação de alimentos”:

Art. 168. Em qualquer idade os filhos tem direito de obrigar os pais á prestar-lhes alimentos, se por defeito da natureza, ou por outro motivo, forem tão inertes, que não se possam alimentar á si mesmos. [...]

Art. 170. Cessa o direito dos filhos á prestação de alimentos [...]  
(FREITAS, Augusto Teixeira de. Consolidação das leis civis. Volume I. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003)

O CC/16, por sua vez, usou o mesmo termo ao tratar dos

alimentos oriundos de relações familiares, positivando, em seu art. 397, que “o direito á prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros”. Verifica-se, ainda, que o legislador determinou, no art. 399 do CC/16, serem devidos os alimentos quando o parente que os pretende não pode prover, por trabalho próprio, a sua subsistência.

Quanto ao conceito e classificação doutrinária de alimentos à época, leciona Caio Mário, em obra escrita na vigência do CC/16:

Quem não pode prover à sua subsistência, nem por isto é, deixado à própria sorte. [...] Mas o direito não descarta o fato da vinculação da pessoa ao seu próprio organismo familiar. E impõe, então, aos parentes do necessitado, ou pessoa a ele ligada por um elo civil, o dever de proporcionar-lhe as condições mínimas de sobrevivência, não como favor ou generosidade, mas como obrigação judicialmente exigível. São os alimentos, tanto os chamados alimentos naturais (alimentação, vestuário, habitação\_ quanto os civis que, sob outro aspecto, se designam como cóngruos – educação, instrução, assistência. Quanto ao aspecto causal, os alimentos se dizem ainda legítimos (os que são devidos por força de lei), testamentários (instituídos por

disposição de última vontade), convencionais (oriundos de estipulação negocial inter vivos), ressarcitórios (destinados a indenizar a vítima de ato ilícito). [...]

A ideia central na obrigação de alimentos assenta no princípio da solidariedade familiar: os parentes devem-se mútua assistência nas necessidades. Ao lado desta obrigação, outras situações ocorrem, em que vige o dever alimentar, mas sob inspiração diversa. Pode o testador deixar um “legado alimentar” ou impor ao legatário um “encargo alimentar” em benefício de determinada pessoa, e aí temos alimentos testamentários [...] (Código Civil, art. 1.687). (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 4ªed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 326 e 332).

Desse modo, na validade do Código Beviláqua, já se falava em diferentes tipos de alimentos, a depender de sua origem, quais sejam, os legítimos, testamentários, convencionais e ressarcitórios. Averigua-se, assim, que todos tratam de alimentos a serem prestados por alguém, ou seja, obrigações alimentícias.

Seguindo a ordem cronológica da legislação brasileira, destacam-se os seguintes artigos do Código de Processo Civil de 1939:

Art. 642. O desquite por mútuo consentimento será reque-

rido em petição assinada pelos cônjuges, ou a seu rôgo, se não souberem ou não puderem escrever, instruída com certidão de casamento realizado há mais de dois (2) anos e, se houver:

IV – declaração da importância ajustada para criação e educação dos filhos e da pensão alimentícia do marido à mulher, se esta não dispuser de bens suficientes para manter-se.

Art. 676. As medidas preventivas poderão consistir:

VIII – na prestação de alimentos provisionais, no caso em que o devedor seja suspenso ou destituído do pátrio poder, e nos de destituição de tutores ou curadores, e de desquite, nulidade ou anulação de casamento;

Art. 680. A decisão que determinar prestação de alimentos será executada na forma dos arts. 919 a 922.

Art. 919. Quando a execução tiver por objeto prestação alimentícia, esta será efetuada mediante desconto em folha de pagamento, se o executado for funcionário público, ou militar, ou a estes for equiparado, ou pertencer a profissão regulamentada pela legislação do trabalho.

Art. 920. Quando não for possível o desconto na forma do artigo anterior, ou quando o devedor não pertencer a qualquer das categorias nele enumeradas, o não cumprimento de prestação alimentícia será punido com prisão, decretada pelo juiz cível.

Art. 942. Não poderão absolutamente ser penhorados:



VII – os vencimentos dos magistrados, professores e funcionários públicos, o soldo e fardamento dos militares, os salários a soldadas, em geral, salvo para pagamento de alimentos à mulher ou aos filhos, quando o executado houver sido condenado a essa prestação;

Observa-se, com a análise dos artigos transcritos, que o CPC/39 inicialmente fazia menção à “prestação de alimentos” e “pensão alimentícia”, referindo-se aos originados por relações familiares. A execução dos alimentos provenientes de ato ilícito, por seu turno, era regulamentada, embora não detalhadamente, no título II do livro VIII, nos arts. 911 e 912, cujas redações foram aperfeiçoadas pelo Decreto-Lei nº 4.565/1942, passando a constar o seguinte:

Art. 911. No arbitramento da indenização proveniente de ato ilícito, os lucros cessantes serão convertidos em prestação de renda ou pensão, mediante pagamento de capital que, aos juros legais, assegure as prestações devidas. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942).

Art. 912. A indenização referida no artigo anterior será fixada, sempre que possível, na ação principal, e compreenderá as custas judiciais, os honorários de advogado, as pensões vencidas e respectivos juros, devendo a sentença deter-

minar a aplicação do capital em títulos da dívida pública federal para a constituição da renda. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942). Esse capital será inalienável durante a vida da vítima, revertendo após o falecimento desta ao patrimônio do obrigado. Se a vítima falecer em consequência do ato ilícito, prestará o responsável alimentos às pessoas a quem ela os devia, levada em conta a duração provável da vida da vítima. Neste caso, a reversão do capital ao patrimônio do obrigado, somente se efetuará depois de cessada a obrigação de prestar alimentos. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 4.565, de 1942).

Oportuno mencionar que, não obstante já houvesse disposição referente à impenhorabilidade dos vencimentos do funcionário público no CPC/39 (art. 942, VII) e suas exceções, a Lei nº 1.711/52 – a qual será objeto de análise no item “2.3” do presente voto – determinou, em seu art. 126, que *“o vencimento, remuneração ou qualquer vantagem pecuniária atribuída ao funcionário [público civil da União] não será objeto de arresto, sequestro ou penhora, salvo quando se tratar de prestação de alimentos ou de dívida à Fazenda Pública”*.

Com o advento da Constituição de 1946, ficou proibida a *“prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do de-*



positário infiel e o de **inadimplemento de obrigação alimentar**, na forma de lei" (art. 141, § 32), garantia fundamental que foi reproduzida na Constituição de 1967 (art. 150, § 17) e na Constituição Cidadã de 1988 (art. 5º, LXVII), com a exigência, nesta última, do inadimplemento ser voluntário e inescusável.

Ademais, em 1992, o Brasil aderiu à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto San José da Costa Rica, de 1969), a qual ganhou *status* supralegal com a EC/2004, conforme entendimento do STF proferido, em 2006, no RE nº 466.343/SP, constando no art. 7º do referido tratado que "*ninguém deve ser detido por dívida*", exceto na hipótese de "*mandado da autoridade judiciária competente em virtude de **inadimplemento de obrigação alimentar***".

Registra-se, ainda, a Lei nº 5.478 de 1968 (Lei de Alimentos), que dispõe sobre a ação de alimentos, fazendo menção expressa aos termos "obrigação de alimentar" e "prestações alimentícias", sendo que, consoante o majoritário entendimento doutrinário, esta lei versa sobre os alimentos familiares, porquanto se exige prova pré-constituída do parentesco, de casamento ou de união estável para a fixação de alimentos provisórios. Nesse sentido:

Definitivos são aqueles fixados em decisão final, fruto de cognição exauriente, seja na ação de alimentos, de rito especial [Lei 5.478/1968 (Lei de Alimentos)], seja nas ações de rito ordinário onde foram pleiteados (ex.: ações de divórcio ou de dissolução de união estável). Provisórios são os alimentos fixados liminarmente em ação de alimentos, de rito especial (Lei 5.478/1968, art. 4.º). **Para que se pleiteiem alimentos com base nessa lei, deve haver prova pré-constituída da relação que gera obrigação alimentar (filiação, parentesco, casamento e união estável).** (VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; et al. Breves comentários do código de processo civil [livro eletrônico]. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. np);

Alimentos provisórios: fixados antes da sentença na ação de alimentos que segue o rito especial previsto na Lei 5.478/1968 (Lei de Alimentos). Exigem prova pré-constituída do parentesco (certidão de nascimento) ou do casamento (certidão de casamento). (TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, Método, 2018. p. 1389);

Os alimentos provisórios possuem natureza antecipatória, sendo concedidos em ações de alimentos (ou em outras ações que tragam um pedido de alimentos de forma cumulativa), de forma liminar, initio litis, bastando que se compro-

ve, de forma pré-constituída, a exigência da obrigação alimentícia, conforme previsão do art. 4º, da Lei nº 5.478/68. Ou seja, basta a comprovação inicial da existência do vínculo de parentesco, de casamento ou de união estável para que o juiz possa fixar, liminarmente (antes mesmo da prévia ouvida do réu), os alimentos provisórios. (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 770-771).

O Código de Processo Civil de 1973, por seu turno, reservou o tratamento da execução de prestação alimentícia em um capítulo próprio (arts. 732 a 735), no qual se encontrava a previsão de prisão civil para o devedor de alimentos que não pagasse, nem se escusasse. Na vigência do Código Buzaid, pairava a discussão doutrinária acerca da possibilidade de aplicação do aludido capítulo para todas as espécies de alimentos quanto à origem (legítimos, voluntários e indenizatórios). A esse respeito, confira-se:

Quanto à sua origem, os alimentos podem ser legítimos, se decorrerem de vínculo de parentesco ou de união estável extinta. Serão voluntários se gerados por contrato, e indenizativos se fruto da prática de ato ilícito. Entre os problemas interessantes que a execução de ali-

mentos suscita está a aplicabilidade (ou não) de todos os meios executórios – desdoto em folha, coação pessoal e expropriação de bens – a estas três espécies de alimentos. (WAMBIER, Luiz Rodrigues; et. al. Curso avançado de processo civil, v.2: processo de execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 359).

Em 2005, por meio da Lei nº 11.232, foram incluídos diversos artigos no CPC/73, entre eles o 475-Q, que versava expressamente sobre as prestações de alimentos provenientes de ato ilícito. Esta alteração fortificou a tese de que os arts. 732 a 735, do CPC/73, deveriam ser aplicados apenas para a execução de alimentos familiares (legítimos), entretanto, o tema não foi pacificado, como se vê pelo posicionamento, à época, de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

Diz-se com frequência que os alimentos indenizativos não possuem verdadeira natureza alimentar, não se lhes aplicando, por conseguinte, o regime de técnicas processuais típico das prestações alimentícias. Com efeito, afirma-se comumente que estes alimentos possuem mecanismo próprio de proteção judicial, consistente no primitivo art. 602 do CPC (hoje substituído pelo art. 475-Q), de modo que dispensaria os instrumentos coercitivos e substitutivos previstos para a execução dos alimentos legítimos.

Também não se justifica a consequência que se tenta tirar desta distinção entre os alimentos. A tutela diferenciada dada aos alimentos decorre da urgência em sua percepção. Em razão da natureza própria desta verba, quem dela necessita o faz porque não tem condição de se manter por suas próprias forças. [...]

Portanto, não é correta a posição firmada em sede doutrinária e jurisprudencial em dar técnicas executivas diferenciadas aos alimentos legítimos, voluntários e indenizativos. (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de processo civil, volume 3: execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007 p.374-375).

Esta discussão envolvendo os alimentos legítimos e indenizatórios também era presente, inclusive de forma mais acentuada, em relação ao art. 649, IV, do CPC/73, que preceituava a impenhorabilidade absoluta de verbas remuneratórias, “*salvo para o pagamento de prestação alimentícia*”, exceção que foi mantida com a alteração feita pela Lei nº 11.382/06, e merece exame mais aprofundado no item “2.3” deste voto.

Demais disso, registra-se que o CPC/73 apenas utilizou o termo “*prestação alimentícia*” ao falar de alimentos familiares no capítulo “da separação consensual”, especificamente nos arts. 1.121, IV e 1.124-A.

Com o Código Civil de 2002, a classificação doutrinária dos alimentos quanto à sua origem, existente sob a égide do CC/16, praticamente se manteve, dividindo-se, conforme lição de Flávio Tartuce, em legais (familiares), indenizatórios (devidos em razão prática de um ato ilícito) e os voluntários (fixados por contrato, testamento ou legado), cada espécie sob uma regulamentação diferente (TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, Método, 2018. p. 1387-1388).

De fato, o atual Código Civil faz uso da expressão “prestação de alimentos” quando faz referência tanto aos alimentos indenizatórios (art. 948, II) quanto aos familiares (arts. 1.590 e 1.696), e dos termos “*prestação alimentícia*” (art. 1.702) e “*prestação alimentícia*” (art. 1.710) ao cuidar dos familiares, sendo que também previu a possibilidade do legado de alimentos (art. 1.920).

Por fim, o Código de Processo Civil de 2015, no qual reside, principalmente, a problemática em tela, fala de “prestação alimentícia”: I) em seu art. 833, § 2º, ao versar sobre as exceções dos bens impenhoráveis; II) no capítulo “do cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos” – correspondente ao capítulo “da execução de presta-

ção alimentícia” do CPC/73 –, no qual está regulamentada a prisão civil do inadimplente de alimentos; e III) no art. 912, inserido no capítulo que institui a execução de alimentos fundados em título extrajudicial.

Além disso, o CPC/15 faz menção ao termo “prestação de alimentos” no *caput* do art. 533, que trata expressamente dos alimentos devidos pela ocorrência de um ato ilícito e à expressão “pensão alimentícia” quando faz referência aos familiares, no art. 731, II.

Assim, com esse percurso histórico pelo direito civil e processual civil foi demonstrado que os termos “prestação alimentícia”, “prestação de alimentos” e “pensão alimentícia” são utilizados como sinônimos pelo legislador, sendo que, inicialmente, estavam estritamente ligados aos alimentos familiares, e, a partir do CC/16, passaram a ser utilizados para fazer referência aos alimentos indenizatórios e até aos voluntários, mas os únicos que, até hoje, possuem todo um regramento específico pelo Código Civil, em um subtítulo próprio, são os alimentos familiares (arts. 1.694 a 1.710, do CC/02).

Diante disso, antes de comparar as prestações alimentícias com as “verbas de natureza alimentar”, profícua é a análise da origem desta expressão, bem como da discussão doutri-

nária e jurisprudencial existente sobre a temática.

## 2.2. ORIGEM DO TERMO “VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR”.

Diversamente da prestação alimentícia, a expressão “débitos de natureza alimentícia” tem origem relativamente recente, porquanto foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição Federal de 1988, ao trazer uma inovação no regime de precatórios consagrado constitucionalmente desde 1934 (art. 182, da CF/34), qual seja, a prioridade de pagamento dos referidos débitos sobre os demais, conforme redação original do art. 100, da CF/88:

Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

Entretanto, a interpretação literal da aludida norma gerou alguns questionamentos na época, dentre eles: a) a exceção seria em relação ao pagamento por precatórios ou à ordem cronológica?; b) o que se

compreende por créditos de natureza alimentícia?

Essas controvérsias foram dirimidas pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI 47, Relator Min. Octavio Gallotti, Pleno, DJ 13/06/1997, com julgamento em 22/10/1992, no qual ficou assentada a constitucionalidade do Decreto nº 29.463, de 29/12/88, do Estado de São Paulo. Entendeu a Suprema Corte, naquela ocasião, que referida norma não contrariou o art. 100 da CRFB/88 ao dispor sobre o pagamento, em ordem prioritária, dos créditos de natureza considerada alimentícia, nem por ter estabelecido, de forma exemplificativa – como bem afirmou o Ministro Octavio Gallotti –, que são considerados créditos desta natureza “*aqueles decorrentes de condenação ao pagamento de diferenças de vencimentos de seus servidores, de indenização por acidente de trabalho, de indenizações por morte ou invalidez fundadas na responsabilidade civil e de outros da mesma espécie*”.

Destaca-se que a exemplificação do débito de natureza alimentícia feita pelo referido decreto foi reproduzida no art. 57, § 3º, da Constituição do Estado de São Paulo de 1989, o qual também foi considerado conforme a Constituição Federal de 1988 pelo STF (RE 173.238, Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, julgado

em 15/09/1995, DJ 24-11-1995; e RE 172.615 AgR, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, julgado em 08/08/1995, DJ 06-10-1995).

O entendimento firmado pela Suprema Corte motivou o Congresso Nacional a propor e aprovar a EC nº 30/2000, que, dentre outras alterações, esclareceu o conceito de créditos de natureza alimentícia ao incluir o § 1º-A no art. 100 da CRFB/88.

Todavia, surgiu o questionamento se o rol fixado no art. 100, § 1º-A, da CRFB (atual § 1º) era taxativo ou exemplificativo, e se os honorários advocatícios caracterizariam créditos de natureza alimentícia, possuindo, por conseguinte, preferência no pagamento de precatórios pela Fazenda Pública.

Novamente, a questão chegou ao STF que decidiu se tratar de um rol exemplificativo, de modo que os honorários advocatícios são considerados débitos de natureza alimentícia (RE nº 470.407/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, julgado em 09/05/2006, DJ 13/10/2006). Esse entendimento foi seguido por esta Corte Superior, que asseverou a natureza alimentar dos honorários advocatícios, sejam contratuais ou sucumbenciais, nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DECORREN-

TES DE SUCUMBÊNCIA. NATUREZA ALIMENTAR. ARTS. 23 DA LEI Nº 8.906/94 E 100, CAPUT, DA CF/1988. ENTENDIMENTO ADOTADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES.

1. Embargos de divergência contra acórdão segundo o qual os honorários advocatícios sucumbenciais, arbitrados pelo juiz em favor do vencedor, têm retribuição aleatória e incerta, razão pela qual não podem ser caracterizados como verba de natureza alimentar.

2. O art. 23 do Estatuto dos Advogados (Lei nº 8.906/1994) dispõe que os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este o direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu nome.

3. A verba honorária com relação ao advogado não se inclui na sucumbência literal da ação, pois é apenas para as partes litigantes. O advogado não é parte, é o instrumento necessário e fundamental, constitucionalmente elencado, para os demandantes ingressarem em juízo. Portanto, não sendo sucumbenciais, os honorários do advogado constituem verba de caráter alimentar, devendo, com isso, ser inseridos na exceção do art. 100, caput, da CF/1988.

4. O Supremo Tribunal Federal, em recente decisão, reconheceu a natureza alimentar dos honorários pertencentes ao profissional advogado, inde-

pendentemente de serem originados em relação contratual ou em sucumbência judicial [...].

5. De tal maneira, há que ser revisto o entendimento que esta Corte Superior aplica à questão, adequando-se à novel exegese empregada pelo colendo STF, não obstante, inclusive, a existência de recente julgado da 1ª Seção em 02/10/2006, que considera alimentar apenas os honorários contratuais, mas não reconhece essa natureza às verbas honorárias decorrentes de sucumbência.

6. Embargos de divergência conhecidos e providos para o fim de reconhecer a natureza alimentar dos honorários advocatícios, inclusive os provenientes da sucumbência.

(ERESP 647.283/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/05/2008, DJe 09/06/2008).

Já a discussão acerca da submissão dos créditos desta natureza ao regime de precatório e à preferência destes no pagamento gerou as Súmulas 144/STJ e 655/STF, as quais incentivaram o constituinte derivado, por meio da EC nº 62/2009, a alterar o *caput* e o § 1º do art. 100 da CRFB/88 para a redação vigente, transcrita a seguir:

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos cré-



ditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

Registra-se, ainda, que recentemente o Supremo Tribunal Federal editou a seguinte Súmula Vinculante a respeito da matéria, reafirmando a natureza alimentar dos honorários advocatícios:

Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza. (STF. Súmula Vinculante nº 47. Sessão Plenária de 27/05/2015. DJe 02/06/2015).

Consolidado esse entendimento, sobreveio o debate sobre a equiparação dos honorários advocatícios, em razão de sua natureza alimentar, aos créditos trabalhistas, para fins de preferência em processo de falência (art. 102, do revogado Decreto-Lei nº 7.661/45 e art. 83, I, da Lei 11.101/05).

Sobre esse tema havia dois posicionamentos opostos neste Tribunal Superior, até que a Corte Especial, em sede de recurso repetitivo, decidiu pela equiparação dos referidos créditos, pacificando a controvérsia e firmando a seguinte tese:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E EMPRESARIAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FALÊNCIA. HABILITAÇÃO. CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTAR. ART. 24 DA LEI N. 8.906/1994. EQUIPARAÇÃO A CRÉDITO TRABALHISTA.

1. Para efeito do art. 543-C do Código de Processo Civil: 1.1) Os créditos resultantes de honorários advocatícios têm natureza alimentar e equiparam-se aos trabalhistas para efeito de habilitação em falência, seja pela regência do Decreto-Lei n. 7.661/1945, seja pela forma prevista na Lei n. 11.101/2005, observado, neste último caso, o limite de valor previsto no artigo 83, inciso I, do referido Diploma legal.

1.2) São créditos extraconcurrais os honorários de advogados resultantes de trabalhos

prestados à massa falida, depois do decreto de falência, nos termos dos arts. 84 e 149 da Lei n. 11.101/2005.

2. Recurso especial provido. (REsp 1152218/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 07/05/2014, DJe 09/10/2014).

No CPC/73, a expressão “natureza alimentar” foi introduzida pela Lei nº 11.232/2005, por meio da qual ficou estabelecido, no art. 475-O, III, que, na execução provisória de sentença, “*o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade ou dos quais possa resultar grave dano ao executado dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos*”, contudo, a referida caução poderia ser dispensada nas hipóteses do § 2º, do art. 475-O, dentre elas: “*quando, nos casos de crédito de natureza alimentar ou decorrente de ato ilícito, até o limite de sessenta vezes o valor do salário-mínimo, o exequente demonstrar situação de necessidade*”.

O CPC/15, por seu turno, ampliou a aludida exceção, dispensando a caução no cumprimento provisório de sentença, prevista no art. 520, IV, do CPC/15, “**nos casos em que o crédito for de natureza alimentar, independentemente de sua origem**” (art. 521, I, do CPC/15).

Verifica-se, desta forma, que o NCPC, além de ter retirado o teto de sessenta salários mínimos, foi expresso em determinar que a dispensa da caução independe da origem do crédito de natureza alimentar, compreendendo, na lição de Humberto Theodoro Júnior, os alimentos oriundos do direito de família, responsabilidade civil, os valores recebidos por profissionais liberais para sua subsistência etc. (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Volume III. 51ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 163).

Ademais, o termo “natureza alimentar” é utilizado pela doutrina e jurisprudência na interpretação do art. 649 do CPC/73 (atual art. 833 do CPC/15), dispositivos que serão examinados no item seguinte deste voto.

Por fim, o referido termo é mencionado pelo legislador no art. 85, § 14, do CPC/15, que positivou o entendimento já firmado no âmbito jurisprudencial, ao prescrever que “*os honorários constituem direito do advogado e **têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial***”.

Feita essa contextualização sobre a origem dos termos “prestação alimentícia” e “ver-



ba de natureza alimentar”, resta examinar a evolução da norma que prevê a excepcional possibilidade de penhorar verbas remuneratórias para o pagamento de prestações alimentícias (atual art. 833, § 2º, do CPC/15).

### 2.3. DA POSSIBILIDADE DE PENHORA DE VERBAS REMUNERATÓRIAS PARA O PAGAMENTO DE “PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA”.

A impenhorabilidade de verbas remuneratórias e destinadas para a subsistência está prevista no direito brasileiro desde, ao menos, 1850, através do Decreto nº 737, que regulamentava o processo comercial e foi estendido ao processo das causas cíveis pelo Decreto nº 763/1890.

Constava no art. 529, do Decreto nº 737/1850, um rol de diversos bens absolutamente impenhoráveis, dentre eles os vencimentos dos magistrados e empregados públicos, os soldos e vencimentos dos militares, salários dos operários, pensões, e o indispensável para “a cama, vestuário do executado e de sua família”.

O CPC/1939 manteve a impenhorabilidade das verbas remuneratórias em geral, inovando, todavia, ao prever uma exceção a esta regra para o pagamento de alimentos à mulher ou aos filhos, nos seguintes termos:

Art. 942. Não poderão absolutamente ser penhorados:

VII – os vencimentos dos magistrados, professores e funcionários públicos, o soldo e fardamento dos militares, os salários a soldadas, em geral, salvo para pagamento de alimentos à mulher ou aos filhos, quando o executado houver sido condenado a essa prestação;

VIII – as pensões, tenças e montepios percebidos dos cofres públicos, de estabelecimento de previdência, ou provenientes da liberalidade de terceiro, e destinados ao sustento do executado ou da família.

No mesmo sentido do CPC/39, estabeleceu o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União (Lei nº 1.711/1952), em seu art. 126, I e II, como já mencionado, que “*o vencimento, remuneração ou qualquer vantagem pecuniária atribuída ao funcionário não será objeto de arresto, seqüestro ou penhora, salvo quando se tratar de prestação de alimentos ou de dívida à Fazenda Pública*”.

Importante observar que o referido estatuto foi decretado na vigência da Constituição de 1946, a primeira no Brasil a proibir a prisão civil, sendo uma das ressalvas a hipótese de inadimplemento de obrigação alimentar, na forma de lei (art. 141, § 32, da CF/46).

Ressalta-se, ainda, que o CPC/39, ao regulamentar esta

hipótese de prisão civil, permitida pelo texto constitucional, utilizou as expressões “prestação de alimentos” e “prestação alimentícia”, *in verbis*:

Art. 680. A decisão que determinar prestação de alimentos será executada na forma dos arts. 919 a 922.

Art. 920. Quando não for possível o desconto na forma do artigo anterior, ou quando o devedor não pertencer a qualquer das categorias nele enumeradas, o não cumprimento de prestação alimentícia será punido com prisão, decretada pelo juiz cível.

A partir da leitura conjunta dos referidos dispositivos legais, é possível afirmar que as prestações alimentícias cujo inadimplemento permitiam a prisão civil, com base no art. 141, § 32, da CF/46 e art. 920 do CPC/39, eram as mesmas que autorizavam a penhora dos vencimentos de funcionário público, pelo art. 126, I, da Lei nº 1.711/52. Entretanto este tema não era pacífico, como se verá a seguir.

O CPC/73, outrossim, fez uso do termo “prestação alimentícia” ao cuidar da prisão civil em capítulo específico sobre a execução destas prestações (arts. 732 a 735 do CPC/73), e ao dispor acerca da exceção à regra de impenhorabilidade de verbas remuneratórias, conforme redação original do art. 649, IV, do CPC/73:

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

IV -os vencimentos dos magistrados, dos professores e dos funcionários públicos, o soldo e os salários, salvo para pagamento de prestação alimentícia.

A respeito do artigo e do termo supramencionados, surgiram algumas controvérsias em âmbito doutrinário e jurisprudencial. A primeira foi acerca da possibilidade de equiparar os honorários advocatícios, por terem natureza alimentar, aos salários, a fim de serem caracterizados como impenhoráveis, sendo que este Superior Tribunal de Justiça já havia se manifestado favoravelmente:

Direito processual, direito civil e direito bancário. Crédito decorrente de honorários advocatícios, de que é titular advogado e devedor o Estado do Paraná, com pagamento a ser promovido por precatório. Cessão a terceiros. Prévio decreto de indisponibilidade de bens do advogado, que participara, como administrador, de banco cuja liquidação extrajudicial foi determinada pelo Banco Central do Brasil. Indisponibilidade que não alcança os honorários advocatícios, por sua natureza alimentar. O decreto de indisponibilidade do patrimônio de administradores de instituições financeiras em liquidação extrajudicial não alcança, nos

termos do art. 36, §3º, da Lei nº 6.024/74, bens reputados impenhoráveis pela legislação processual.

Os honorários advocatícios, nos termos dos precedentes da 3ª Turma do STJ, têm natureza alimentar, sendo equiparáveis a salários. Sendo assim, tal crédito está abrangido pela impenhorabilidade disposta pelo art. 649, inc. IV, do CPC e, portanto, está excluído do decreto de indisponibilidade. Por esse motivo, a cessão desses créditos, ainda que promovida por advogado cujos bens foram decretados indisponíveis, é válida. Recurso conhecido e provido. (REsp 724.158/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/09/2006, DJ 16/10/2006, p. 365).

O tema foi pacificado com a edição da Lei nº 11.382/2006 que alterou a redação do art. 649, IV, do CPC/73 e incluiu o § 2º neste artigo, nos seguintes moldes:

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

IV -os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º O disposto no inciso IV do caput deste artigo não se aplica no caso de penhora para pagamento de prestação alimentícia. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Nesse sentido, repisa-se o entendimento proferido pela Corte Especial deste Tribunal Superior:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CRÉDITOS DE NATUREZA ALIMENTAR. IMPENHORABILIDADE.

1. Os honorários advocatícios, tanto os contratuais quanto os sucumbenciais, têm natureza alimentar. Precedentes do STJ e de ambas as turmas do STF. Por isso mesmo, são bens insuscetíveis de medidas constitutivas (penhora ou indisponibilidade) de sujeição patrimonial por dívidas do seu titular. A dúvida a respeito acabou dirimida com a nova redação art. 649, IV, do CPC (dada pela Lei n.º 11.382/2006), que considera impenhoráveis, entre outros bens, “os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal”.

2. Embargos de divergência a que se nega provimento. (REsp 724.158/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/02/2008, DJe 08/05/2008).

A segunda discussão era decorrente do debate já existente quanto à abrangência das prestações alimentícias cujo

inadimplemento permitiria a prisão civil, isto é, se seriam apenas as prestações de alimentos familiares, ou, também de alimentos indenizatórios, como sustentava Luiz Guilherme Marinoni (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de processo civil, volume 3: execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007 p. 374-375). Do mesmo modo, questionava-se acerca da expressão “prestação alimentícia” do art. 649, IV, do CPC/73, abranger outras espécies (quanto à origem) de alimentos além dos familiares, como os indenizatórios, o que era defendido por Fredie Didier Jr. (DIDIER JR, Fredie; *et al.* Curso de Direito Processual Civil – Execução – Volume 5. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 560).

Vale pontuar que a controvérsia era em relação à origem dos alimentos (familiares e indenizatórios), sem fazer menção às verbas de natureza alimentar.

O CPC/15 pôs fim ao debate, acolhendo a última tese, deixando expresso, em seu art. 833, § 2º, que independe a origem da prestação alimentícia capaz de ensejar a penhora das verbas remuneratórias em geral. Confira-se a atual redação do dispositivo:

Art. 833. São impenhoráveis: IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as re-

munerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º; X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;

§ 2º O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529, § 3º.

Superada essa questão, resta a problemática da hipótese concreta, qual seja, a possibilidade de penhora de verbas remuneratórias para o pagamento de honorários advocatícios e demais débitos de natureza alimentar.

Destarte, finalizada a análise histórica, é fundamental perquirir os posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários referentes à temática em exame, a fim de obter a correta solução para a presente controvérsia.

### 3. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DO TEMA

Em minuciosa pesquisa no acervo jurisprudencial desta

Egrégia Corte Superior, afe-riu-se 41 acórdãos relaciona-dos, de certo modo, com o tema em análise, cujos posicionamentos, e o respecti-vo número de acórdãos, se-guem delimitados abaixo:

I) Honorários advocatícios, por terem natureza alimentar, são impenhoráveis, nos termos do art. 833, IV, do CPC/15 (9 acórdãos).

II) Possibilidade de penho-ra dos honorários advocatícios de elevada monta, em razão da perda da natureza alimen-tar (4 acórdãos).

III) Possibilidade de penho-ra, nos termos do art. 833, § 2º, do CPC/15, de verbas remun-eratórias para o pagamento de honorários advocatícios, em virtude de sua natureza ali-mentar (25 acórdãos).

IV) Toda prestação cuja ver-ba tenha natureza alimentar é prestação alimentícia, sendo possível a penhora de verbas remuneratórias para o seu pa-gamento, de acordo com o caso concreto (1 acórdão).

V) Toda prestação cuja ver-ba tenha natureza alimentar é prestação alimentícia, mas nem toda prestação alimentícia é pensão alimentícia, assim, o art. 3º, III, da Lei 8.009/90 não per-mite a penhora de bem de fa-mília para o pagamento de honorários advocatícios (2 acórdãos).

Nos itens seguintes serão expostos os fundamentos de

cada uma das teses, as quais não são, necessariamente, conflitantes entre si, mas ver-sam sobre conceitos diretamen-te entrelaçados, razão pela qual devem ser observados ao buscar a solução para o presen-te caso.

### 3.1. HONORÁRIOS ADVOCA-TÍCIOS, POR TEREM NATUREZA ALIMENTAR, SÃO IMPENHO-RÁVEIS, NOS TERMOS DO ART. 833, IV, DO CPC/15

Trata-se de entendimento que, conforme demonstrado, foi construído ao longo da evo-lução histórica do direito cons-titucional e processual civil bra-sileiro, sendo que hoje possui pleno respaldo legal, com ful-cro nos arts. 85, § 14, e 833, IV, ambos do CPC/15, bem como jurisprudencial, como se verifi-ca pelos seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRA-VO EM RECURSO ESPECIAL. IMPENHORABILIDADE DA VERBA HONORÁRIA. CARÁTER ALIMENTAR. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. SÚMU-LA N. 83/STJ.

1. A transcrição da ementa ou do inteiro teor dos julgados ti-dos como divergentes é insufi-ciente para a comprovação de dissídio pretoriano viabilizador do recurso especial.

2. Os honorários advocatícios pertencentes a sociedade de advogados têm natureza ali-mentar, sendo, portanto, impenhoráveis.

3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 715.524/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/09/2015, DJe 25/09/2015).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NATUREZA ALIMENTAR. SÚMULA VINCULANTE. IMPENHORABILIDADE. ART. 649, IV, DO CPC. DECISÃO MANTIDA.

1. Os honorários advocatícios consubstanciam verba de natureza alimentar.

Precedentes do STJ e Súmula Vinculante n. 47 do STF.

2. Consoante entendimento pacífico desta Corte, é incabível a penhora incidente sobre valores recebidos a título de subsídio, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria e pensões entre outros, em virtude de seu caráter alimentar. Inteligência do art. 649, IV, do CPC.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 612.205/RS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 08/09/2015).

Nessa mesma senda: AgInt no AREsp 486.171/MS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/09/2016, DJe 28/09/2016; AgRg no AREsp 565.827/PE, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 01/07/2015; REsp 865.469/SC, Rel.

Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2008, DJe 22/08/2008; REsp 1032747/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/03/2008, DJe 17/04/2008; EREsp 724.158/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/02/2008, DJe 08/05/2008; REsp 859.475/SC, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/06/2007, DJ 02/08/2007, p. 382; REsp 854.535/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/02/2007, DJ 29/03/2007, p. 230.

### 3.2. POSSIBILIDADE DE PENHORA DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE ELEVADA MONTA, EM RAZÃO DA PERDA DA NATUREZA ALIMENTAR

O principal fundamento da impenhorabilidade dos bens previstos no art. 833, IV, do CPC/15, é a natureza alimentar que eles ostentam, em obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana, porquanto são verbas que garantem o sustento do executado e de sua família (MAZZEI, Rodrigo; VARGAS, Sarah Merçon. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; *et al.* Comentários ao Novo Código de Processo Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1194).

Sob essa ótica, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que perde a natureza alimentar o montante dos honorários ad-



vocatícios que excedem o necessário para sua subsistência e de sua família, nos termos da seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. AÇÃO MONITÓRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NATUREZA ALIMENTAR DA VERBA. IMPENHORABILIDADE (CPC, ART. 649, IV). MITIGAÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS ESPECIAIS. ELEVADA SOMA. POSSIBILIDADE DE AFETAÇÃO DE PARCELA MENOR DE MONTANTE MAIOR. DIREITO DO CREDOR. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. É firme nesta Corte Superior o entendimento que reconhece a natureza alimentar dos honorários advocatícios e a impossibilidade de penhora sobre verba alimentar, em face do disposto no art. 649, IV, do CPC.

2. Contudo, a garantia de impenhorabilidade assegurada na regra processual referida não deve ser interpretada de forma gramatical e abstrata, podendo ter aplicação mitigada em certas circunstâncias, como sucede com crédito de natureza alimentar de elevada soma, que permite antever-se que o próprio titular da verba pecuniária destinará parte dela para o atendimento de gastos supérfluos, e não, exclusivamente, para o suporte de necessidades fundamentais.

3. Não viola a garantia assegurada ao titular de verba de natureza alimentar a afetação de parcela menor de montante maior, desde que o

percentual afetado se mostre insuscetível de comprometer o sustento do favorecido e de sua família e que a afetação vise à satisfação de legítimo crédito de terceiro, representado por título executivo.

4. Sopesando criteriosamente as circunstâncias de cada caso concreto, poderá o julgador admitir, excepcionalmente, a penhora de parte menor da verba alimentar maior sem agredir a garantia desta em seu núcleo essencial.

5. Com isso, se poderá evitar que o devedor contumaz siga frustrando injustamente o legítimo anseio de seu credor, valendo-se de argumento meramente formal, desprovido de mínima racionalidade prática.

6. Caso se entenda que o caráter alimentar da verba pecuniária recebe garantia legal absoluta e intransponível, os titulares desses valores, num primeiro momento, poderão experimentar uma sensação vantajosa e até auspiciosa para seus interesses. Porém, é fácil prever que não se terá de aguardar muito tempo para perceber os reveses que tal irrazoabilidade irá produzir nas relações jurídicas dos supostos beneficiados, pois perderão crédito no mercado, passando a ser tratados como pessoas inidôneas para os negócios jurídicos, na medida em que seus ganhos constituirão coisa fora do comércio, que não garante, minimamente, os credores.

7. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1356404/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO,

QUARTA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 23/08/2013)

No mesmo sentido: REsp 1264358/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/05/2016, DJe 02/06/2016; AgRg no REsp 1557137/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 09/11/2015; e REsp 1264358/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 05/12/2014.

Cumpra-se notar que esse entendimento é harmônico com a previsão contida na segunda parte do art. 833, § 2º, do CPC/15, pela qual não se aplica a regra de impenhorabilidade do art. 833, IV e X, do CPC/15 “às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais”.

### 3.3. POSSIBILIDADE DE PENHORA, NOS TERMOS DO ART. 833, § 2º, DO CPC/15, DE VERBAS REMUNERATÓRIAS PARA O PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, EM VIRTUDE DE SUA NATUREZA ALIMENTAR

Cuida-se da tese sustentada pelo recorrente, pela qual não incidiria a regra da impenhorabilidade dos bens descritos no art. 833, IV, do CPC/15, no caso de penhora para pagamento de honorários advocatícios, haja vista sua natureza alimentar, como prevê a primeira parte do § 2º, do art. 833, do CPC/15, que assim estabelece: “*O disposto*

*nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem*”.

Esse entendimento vem sendo reiteradamente afirmado por esta Corte Superior desde a vigência do CPC/73, consoante demonstrado pelo levantamento de 25 acórdãos nesta linha (1 da Corte Especial, 1 da Segunda Turma, 11 da Terceira Turma e 12 da Quarta Turma), elencados a seguir:

I) CORTE ESPECIAL: EDcl nos EAREsp 387.601/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, julgado em 26/02/2015, DJe 04/03/2015.

II) 2ª TURMA: REsp 1714505/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, julgado em 10/04/2018, DJe 25/05/2018.

III) 3ª TURMA: AgInt no AREsp 1366890/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, julgado em 25/02/2019, DJe 13/03/2019; REsp 1722673/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, julgado em 13/03/2018, DJe 05/04/2018; REsp 1619868/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, julgado em 24/10/2017, DJe 30/10/2017; REsp 1440495/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 02/02/2017, DJe 06/02/2017; AgRg no AREsp 634.032/MG, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, julgado em 20/08/2015, DJe 31/08/2015; AgRg no REsp 1397119/MS,



Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, julgado em 05/12/2013, DJe 14/02/2014; AgRg no AREsp 387.601/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 22/10/2013, DJe 28/10/2013; REsp 1365469/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 18/06/2013, DJe 26/06/2013; AgRg no REsp 1297419/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, julgado em 19/04/2012, DJe 07/05/2012; AgRg no REsp 1206800/MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, julgado em 22/02/2011, DJe 28/02/2011; REsp 948.492/ES, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, julgado em 01/12/2011, DJe 12/12/2011.

IV) 4ª TURMA: AgInt no AREsp 1073544/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, julgado em 02/10/2018, DJe 10/10/2018; AgInt no REsp 1703312/RJ, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (Des. convocado do TRF 5ª Região), julgado em 23/08/2018, DJe 29/08/2018; AgInt no AREsp 676.781/MG, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (Des. convocado do TRF 5ª Região), julgado em 14/08/2018, DJe 21/08/2018; AgInt no REsp 1733837/RS, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (Des. convocado do TRF 5ª Região), julgado em 02/08/2018, DJe 10/08/2018; AgInt no AREsp 1116597/DF, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (Des. convocado do TRF 5ª Região), julgado em 26/06/2018, DJe 29/06/2018; AgInt no AREsp

1107619/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, julgado em 16/11/2017, DJe 22/11/2017; AgInt no AREsp 994.681/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, julgado em 20/06/2017, REPDJe 24/08/2017, DJe 27/06/2017; AgInt no AREsp 814.440/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, julgado em 28/03/2017, DJe 03/04/2017; AgRg no AREsp 201.290/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, julgado em 04/02/2016, DJe 16/02/2016; AgRg no AREsp 632.356/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, julgado em 03/03/2015, DJe 13/03/2015; AgRg no AREsp 311.093/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, julgado em 05/02/2015, DJe 19/02/2015; AgRg no AREsp 32.031/SC, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, julgado em 10/12/2013, DJe 03/02/2014.

Não obstante o raciocínio adotado, até então, por esta Corte possa ser uma solução para a presente hipótese, dada a complexidade do tema e dos conceitos envolvidos, bem como tendo em vista que se trata de entendimento firmado na vigência do CPC/73 (REsp 948.492/ES, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, 3ª Turma, julgado em 01/12/2011, DJe 12/12/2011), essencial é o estudo pormenorizado dos principais pilares desta tese, questionando sua viabilidade, sob a luz do ordenamento jurídico atual, com o fim de obter a correta

interpretação da norma em exame.

O primeiro acórdão a perflhar a presente tese (REsp 948.492/ES) não aprofundou o debate, porquanto teve como foco assentar que não apenas os honorários advocatícios contratuais possuem natureza alimentar, mas também os sucumbenciais, haja vista que o tribunal de origem, no caso concreto, negou o desconto dos vencimentos mensais do recorrido para o pagamento de honorários sucumbenciais, sob a alegação de que estes, diferentemente dos contratuais, não possuem natureza alimentar. Desse modo, após o eminente Ministro Relator ter afirmado que ambas as espécies de honorários gozam da referida natureza, concluiu que deveria incidir a exceção prevista no art. 649, § 2º, do CPC/73, "dada a natureza de prestação alimentícia do crédito do recorrente", conforme ementa:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NATUREZA ALIMENTAR, MESMO QUANDO SE TRATAR DE VERBAS DE SUCUMBÊNCIA. PRECEDENTES DA CORTE ESPECIAL E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. COLISÃO ENTRE O DIREITO A ALIMENTOS DO CREDOR E O DIREITO DE MESMA NATUREZA DO DEVEDOR.

1.- Honorários advocatícios, sejam contratuais, sejam sucumbenciais, possuem natureza ali-

mentar. (REsp 706331/PR, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Corte Especial, DJe 31/03/2008).

2.- Mostrando-se infrutífera a busca por bens a serem penhorados e dada a natureza de prestação alimentícia do crédito do exequente, de rigor admitir o desconto em folha de pagamento do devedor, solução que, ademais, observa a gradação do art. 655 do CPC, sem impedimento da impenhorabilidade constatada do art. 649, IV, do CPC. 3.- Recurso Especial provido. (REsp 948.492/ES, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 12/12/2011).

Destaca-se, ainda, o seguinte trecho do voto do relator: "*No presente caso, opõem-se os direitos apenas de credor e devedor. **Não somente os vencimentos deste se consideram verbas alimentícias, mas também o crédito do primeiro, decorrente de verbas de sucumbência***".

Verifica-se que o relator afirmou serem consideradas verbas alimentícias tanto os vencimentos do recorrido, quanto os honorários advocatícios dos recorrentes, utilizando como sinônimo o termo "natureza de prestação alimentícia", tendo em vista que o art. 649, § 2º, do CPC/73 excepcionava a impenhorabilidade das verbas remuneratórias (consideradas, pela doutrina e jurisprudência,

como já demonstrado, verbas de natureza alimentar) expressamente para o pagamento de “prestação alimentícia”.

Registra-se que, no julgamento do AgRg no REsp 1.206.800/MG, DJe 28/02/2011, o eminente Relator novamente pareceu tratar ambas expressões como sinônimas, afirmando que “não há razão para se perfilhar a tese de que existem dívidas alimentares que podem excepcionar o regime da impenhorabilidade de vencimentos e outras, de mesma natureza, que não gozam de tal privilégio”. Contudo, consta do voto apenas o fato de que o recorrente não trouxe argumentos para tanto. Logo, não se aprofundou o debate.

A questão foi objeto de análise, mais detalhada, no julgamento do REsp 1.365.469/MG, de minha relatoria, cuja ementa segue transcrita:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NATUREZA ALIMENTAR. PENHORABILIDADE DA REMUNERAÇÃO DO DEVEDOR. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO E SIMILITUDE FÁTICA. AUSÊNCIA.

1. O caráter absoluto da impenhorabilidade dos vencimentos, soldos e salários (dentre outras verbas destinadas à remuneração do trabalho) é excepcionado pelo § 2º do art. 649 do CPC, quando se tratar de penhora para pagamento de prestações alimentícias.

2. Os honorários advocatícios, contratuais ou sucumbenciais, têm natureza alimentícia.

3. Assim, é possível a penhora de verbas remuneratórias para pagamento de honorários advocatícios.

4. O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre acórdãos que versem sobre situações fáticas idênticas.

5. Negado provimento ao recurso especial. (REsp 1365469/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 26/06/2013).

O voto que proferi na ocasião partiu da premissa de que o art. 649, IV, do CPC/73, estabelecia a impenhorabilidade das verbas de natureza alimentar, com a finalidade de preservar o necessário para uma vida digna do devedor e seus familiares. Assim, considerando que os honorários advocatícios também possuem natureza alimentar, e que o art. 649, § 2º, do CPC/73, excepcionava a referida impenhorabilidade para o pagamento de prestação alimentícia, sustentei, no voto, ser cabível a penhora de verbas remuneratórias para o pagamento de honorários advocatícios, tendo em vista que ambas possuem a mesma natureza, ponderando o direito à dignidade do devedor e esse mesmo direito à dignidade do credor, mencionando, inclusive, o acórdão proferido no

REsp 948.492/ES, supracitado. A esse respeito, confira-se trecho do voto:

Na hipótese dos autos – em que o crédito do recorrido e a remuneração do recorrente constituem verba alimentar – devem ser equilibradas a regra de impenhorabilidade das verbas remuneratórias e a possibilidade de penhora dessas verbas quando se tratar de dívida alimentar.

É preciso, portanto, ponderar o direito à dignidade do devedor e esse mesmo direito à dignidade do credor. Nesse sentido, o princípio da máxima efetividade exige que se atribua à norma constitucional o sentido que maior eficácia lhe conceda, o que, no particular, somente pode ser entendido como a possibilidade de se limitar, de forma equilibrada, os meios executivos, a fim de que seja preservado o mínimo existencial do devedor, sem implicar em uma constrição à dignidade do credor.

[...]

Dessa forma, considerando o reconhecimento da natureza alimentar do crédito exequendo, bem como a preponderância dos interesses do credor na execução de prestações alimentícias conclui-se que o acórdão recorrido conferiu a máxima efetividade às normas em conflito, pois a penhora de 30% da remuneração do devedor não compromete a sua subsistência digna, mantendo resguardados os princípios que fundamentam axiologicamente a regra do art. 649,

IV do CPC, e preserva a dignidade do credor. (REsp 1365469/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/06/2013, DJe 26/06/2013).

Em sentido contrário, não se pode deixar de mencionar o voto da Exma. Ministra Isabel Gallotti no AgRg no AREsp 32.032/SC, que, embora tenha negado provimento ao agravo regimental, pela aplicação da Súmula 83/STJ, acompanhando o Relator, fez ponderações de extrema relevância, as quais foram reafirmadas pelo Ministro Antonio Carlos Ferreira, e merecem ser transcritas em sua integralidade:

Quando o § 2º, do art. 649, do CPC, estabelece como exceção à impenhorabilidade do salário a penhora para pagamentos de prestação alimentícia, a meu ver, o que se tem em mente é que a prestação alimentícia, via de regra, é fixada tendo-se em mira também as possibilidades do alimentante. E não se deve privar o alimentado do necessário para seu sustento, mesmo que à custa de penhora do salário do alimentante.

Penso que quando se trata de honorários advocatícios, a despeito de haver sólida jurisprudência deste Tribunal de que constituem verba de natureza alimentar, essa jurisprudência foi formada com base em casos em que se pretendia incluir os honorários de advoga-

do em fila de precatórios alimentares e, portanto, a serem pagos pelo Estado.

Diversamente, quando se pretende penhora de salário para pagamento de honorários de advogado, penso que não se pode perder de mira as circunstâncias do caso concreto. Ao contrário dos alimentos decorrentes do direito de família, os honorários de advogado não são fixados com base nas necessidades do credor e nas possibilidades do devedor dos honorários. Quando se arbitra honorários de advogados, tem-se em mente o trabalho do advogado na causa, e não se leva em consideração as possibilidades de quem paga os honorários em contraposição às necessidades do credor.

Penso, portanto, que a possibilidade de penhora de vencimentos e salários para satisfazer honorários de advogado deverá levar em conta as circunstâncias do caso concreto, especialmente tomar o cuidado de não privar o titular dos salários de condição da sua própria subsistência.

[...]

Então, apenas fazendo essa ressalva, que me permitirá uma conclusão diferente em outro tipo de situação, acompanho o voto de V. Exa. (AgRg no AREsp 32.031/SC, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 03/02/2014).

Observa-se, portanto, que a eminente Ministra Isabel Gallozzi evidenciou certa diferença

entre as expressões “verbas de natureza alimentar” e “prestações alimentícias”, mormente que esta foi a utilizada pelo legislador ao excepcionar a impenhorabilidade de verbas remuneratórias, e está relacionada aos alimentos decorrentes de direito de família, enquanto a jurisprudência se firmou no sentido de caracterizar os honorários advocatícios como “verbas de natureza alimentar”, com o objetivo de incluí-los no rol do atual art. 100, § 1º, da CRFB, que prevê a preferência de pagamento dos precatórios que constituem débito de natureza alimentícia.

Todavia, a Exma. Ministra não afastou a incidência da exceção à impenhorabilidade prevista no art. 649, § 2º, do CPC/73, entendendo que, ao se tratar de verba de natureza alimentar, como os honorários advocatícios, a possibilidade de penhora de salário deve ser analisada de acordo com o caso concreto, tomando “o cuidado de não privar o titular dos salários de condição da sua própria subsistência”, pois diferem dos alimentos familiares, no sentido de que a possibilidade de pagamento destes pelo alimentante já foi analisada na ocasião de sua fixação.

Quanto ao precedente da Corte Especial deste Tribunal (EDcl nos EAREsp 387.601/RS), constata-se que o voto proferido pelo eminente relator, Minis-

tro Benedito Gonçalves, e seguido pelos demais presentes, foi no sentido de manter, pelos seus próprios fundamentos, a decisão monocrática atacada, que indeferiu liminarmente os embargos de divergência, com acórdão assim ementado:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. EXECUÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NATUREZA ALIMENTÍCIA. PENHORA DE VERBAS REMUNERATÓRIAS. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ARTIGO 649, § 2º, DO CPC. ACÓRDÃO EMBARGADO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 168/STJ.

1. Os embargos de declaração que objetivam exclusivamente o novo exame do mérito da decisão impugnada devem ser recebidos como agravo regimental, em homenagem ao princípio da fungibilidade recursal. Precedentes.

2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que os honorários advocatícios são considerados verba alimentar, sendo possível a penhora de verbas remuneratórias para o seu pagamento. Precedentes: AgRg no REsp 1.397.119/MS, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cuevas, Terceira Turma, DJe 14/02/2014; AgRg no AREsp 32.031/SC, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, DJe 03/02/2014; AgRg no AREsp 387.601/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi,

Terceira Turma, DJe 28/10/2013; REsp 1.365.469/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 26/06/2013; AgRg no REsp 1.206.800/MG, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 28/02/2011.

3. Incidência da Súmula 168 do STJ, segundo a qual “não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado”.

4. Agravo regimental não provido. EDcl nos EAREsp 387.601/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 26/02/2015, DJe 04/03/2015).

Registra-se, outrossim, que embora os EAREsp 387.601/RS tenham sido interpostos contra acórdão que entendeu ser possível a penhora de verbas remuneratórias para o pagamento de honorários advocatícios, em razão de possuírem natureza alimentar, a divergência suscitada pelo embargante era em relação à natureza dos honorários, e não à possibilidade da penhora.

Destarte, averigua-se que no julgamento dos EDcl nos EAREsp 387.601/RS, pela Corte Especial, a temática ora em análise não foi aprofundada, sendo que, dos precedentes citados na ementa colacionada, aqueles que, de certo modo, detalharam o tema, já foram aqui comentados (REsp 1.365.469/MG, AgRg no REsp 1.206.800/MG e AgRg no AREsp 32.031/SC).



Em sequência, outro julgado que merece especial atenção é o REsp 1.619.868/SP, Terceira Turma, DJe 30/10/2017. Não obstante a controvérsia no particular tenha sido acerca da possibilidade de penhora do saldo do FGTS para o pagamento de honorários de sucumbência, o eminente Relator fez, em seu voto, relevantes apontamentos a respeito dos conceitos de “natureza alimentar” e “prestação de alimentos”, bem como sobre a interpretação dada, por esta Corte, ao § 2º do art. 649, do CPC/73, nos seguintes termos:

É certo que os honorários advocatícios, apesar da natureza alimentar, não se confundem com a prestação de alimentos, sendo esta última obrigação periódica, de caráter ético-social, lastreada no princípio da solidariedade entre os membros do mesmo grupo familiar. [...]

Apesar da distinção havida entre as verbas, esta Corte, em linhas gerais, tem dado interpretação extensiva à expressão “prestação alimentícia” constante do § 2º do artigo 649 do Código de Processo Civil de 1973, para englobar não somente as prestações alimentícias *stricto sensu*, como também os honorários advocatícios, na esteira dos seguintes precedentes: [...]. (REsp 1619868/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 30/10/2017).

Como se percebe, foi nítida a diferenciação feita entre ambos os conceitos pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, afirmando que, em regra, o art. 649, § 2º, do CPC/73 (atual art. 833, § 2º, do CPC/15) excepcionava a regra da impenhorabilidade de verbas remuneratórias apenas para o pagamento de prestação alimentícia, e não para o de verbas de natureza alimentar, como os honorários advocatícios. Entretanto, apesar desta distinção, o Ministro assevera que a jurisprudência desta Corte tem dado interpretação extensiva à expressão “prestação alimentícia” constante do referido dispositivo legal, para englobar também as verbas de natureza alimentar.

Esse raciocínio foi reafirmado na vigência do CPC/2015, no julgamento do REsp 1.722.673/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 05/04/2018, no qual se decidiu pela possibilidade de penhora de verbas remuneratórias não apenas para o pagamento de honorários advocatícios, mas também de honorários periciais, vez que ambos têm “natureza remuneratória”, e o art. 833, § 2º, do CPC/15 admite a penhora referida para o pagamento de verba alimentar, independentemente de sua origem. A esse respeito, confira-se trecho do voto do relator:

Conforme entendimento desta Corte, o termo “prestação alimentícia” não se restringe aos alimentos em sentido estrito, decorrente de vínculo familiar ou conjugal. Nessa linha, interpreta extensivamente a norma para incluir outras parcelas alimentares, como os honorários advocatícios, contratuais ou sucumbenciais, passando a admitir a penhora sobre percentual de salário.

[...]

Nesse contexto, a mesma razão jurídica aplicada aos casos da verba honorária advocatícia deve incidir na hipótese de honorários periciais, haja vista que ambos têm natureza remuneratória e constituem a contraprestação paga aos referidos profissionais (advogados e peritos).

[...]

Vale lembrar, ainda, que o CPC/2015 admite a possibilidade de penhora para o pagamento de verba alimentar, sendo irrelevante a sua origem. (REsp 1722673/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/03/2018, DJe 05/04/2018).

Com efeito, em última análise, como afirmou o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, este Tribunal Superior tem feito uma interpretação extensiva à expressão aludida. Todavia, com exceção das considerações feitas pela Ministra Isabel Gallotti no julgamento do AgRg no AREsp 32.031/SC, em nenhum dos 25 acórdãos mencionados no início deste item,

consta uma diferenciação entre os conceitos de “verba de natureza alimentar” e “prestação alimentícia”, tampouco a conclusão expressa de que se deve interpretar o art. 649, § 2º do CPC/73, ou o art. 833, § 2º, do CPC/15, de maneira extensiva, pelo contrário, o que se verifica é uma imprecisão na definição de ambas expressões, porquanto os precedentes analisados, que permitiram a penhora de verbas remuneratórias para o pagamento de honorários advocatícios, fundamentaram-se na natureza alimentar destes e na exceção prevista nos referidos dispositivos legais quanto às “prestações alimentícias”, sem maiores perquirições conceituais.

Por fim, é possível resumir brevemente os 25 acórdãos encontrados no sentido da tese em comento da seguinte forma:

I) apenas em 1 acórdão (REsp 1.365.469/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi) a discussão do tema foi aprofundada, constando como fundamentos a natureza alimentar dos honorários advocatícios, a exceção quanto à prestação alimentícia do art. 649, § 2º, do CPC/73 e a ponderação do direito à dignidade do devedor e do credor.

II) apenas em 3 acórdãos foi mencionada uma diferenciação entre prestação alimentícia e verbas de natureza alimentar.



Contudo, dois são recentes (REsp 1.619.868/SP e 1.722.673/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva) e partiram do pressuposto de que estava consolidado o entendimento de interpretação extensiva do termo “prestação alimentícia”, o que não se convalidou com o presente estudo, e, ademais, no outro acórdão (AgRg no AREsp 32.031/SC, Rel. Min. Raul Araújo) a distinção foi mencionada à título de considerações no voto da Min. Isabel Gallotti.

III) os 21 acórdãos restantes partiram dos precedentes existentes e basearam-se, sucintamente, na natureza alimentar dos honorários advocatícios e na exceção do art. 649, § 2º, do CPC/73 (ou 833, § 2º, do CPC/15).

Desse modo, apesar de existirem 25 acórdãos desta Corte Superior no sentido de ser possível a penhora de verbas remuneratórias para o pagamento de honorários advocatícios, por terem natureza alimentar – aparentando, em um primeiro momento, ser um posicionamento pacífico e consolidado no Tribunal –, o exame apurado de cada um deles demonstra que o tema merece uma nova e aprofundada análise, levando em consideração a origem e definição dos termos utilizados pelo legislador, delimitando as consequências jurídicas de cada um deles,

o que será feito no “item 4” deste voto.

**3.4. TODA PRESTAÇÃO CUJA VERBA TENHA NATUREZA ALIMENTAR É PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA, SENDO POSSÍVEL A PENHORA DE VERBAS REMUNERATÓRIAS PARA O SEU PAGAMENTO, DE ACORDO COM O CASO CONCRETO**

Trata-se de entendimento firmado pela Quarta Turma do STJ, nos termos da seguinte ementa:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. AÇÃO DE ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NATUREZA ALIMENTAR DO CRÉDITO. PENHORA INCIDENTE SOBRE VERBA SALARIAL. POSSIBILIDADE. AVALIAÇÃO DO LIMITE DA CONSTRIÇÃO EM CADA CASO, SOB PENA DE SE COMPROMETER A SUBSISTÊNCIA DO EXECUTADO. AGRAVO INTERNO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A legislação processual civil (CPC/2015, art. 833, IV, e § 2º) contempla, de forma ampla, a prestação alimentícia, como apta a superar a impenhorabilidade de salários, soldos, pensões e remunerações. A referência ao gênero prestação alimentícia alcança os honorários advocatícios, assim como os honorários de outros profissionais liberais e, também, a pensão alimentícia, que são espécies daquele gênero. É de se permitir, portanto, que

pelo menos uma parte do salário possa ser atingida pela penhora para pagamento de prestação alimentícia, incluindo-se os créditos de honorários advocatícios, contratuais ou sucumbenciais, os quais têm inequívoca natureza alimentar (CPC/2015, art. 85, § 14).

2. Há de se considerar que, para uma família de baixa renda, qualquer percentual de constrição sobre os proventos do arrimo pode vir a comprometer gravemente o sustento do núcleo essencial, ao passo que o mesmo não necessariamente ocorre quanto à vida, pessoal ou familiar, daquele que recebe elevada remuneração. Assim, a penhora de verbas de natureza remuneratória deve ser determinada com zelo, em atenta e criteriosa análise de cada situação, sendo indispensável avaliar concretamente o impacto da penhora sobre a renda do executado.

3. No caso concreto, a penhora deve ser limitada a 10% (dez por cento) dos módicos rendimentos líquidos do executado. Do contrário, haveria grave comprometimento da subsistência básica do devedor e do seu núcleo essencial.

4. Agravo interno parcialmente provido para dar parcial provimento ao recurso especial. (AgInt no REsp 1732927/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 22/03/2019)

Primeiramente, salienta-se que, em seu voto original, o Relator havia feito uma distinção entre a expressão “presta-

ção alimentícia” e o gênero “crédito de natureza alimentar”, asseverando não serem equivalentes, sendo aquela espécie restrita, assim, “*toda ‘prestação alimentícia’ tem, por óbvio, natureza alimentar. Mas, nem todo crédito ou dívida de natureza alimentar corresponde a ‘prestação alimentícia. Esta última, é referente apenas a obrigação alimentícia estrito senso’*” (AgInt no REsp 1732927/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 22/03/2019).

Entretanto, o Min. Luis Felipe Salomão, em voto-vista, fez referência ao acórdão da Quarta Turma proferido no REsp nº 1.361.473/DF, no qual se entendeu, por maioria, não ser possível a penhora de bem de família para o pagamento de honorários advocatícios, assentando que “***toda prestação cuja verba tenha natureza alimentar é prestação alimentícia, mas nem toda prestação alimentícia é pensão alimentícia, embora toda pensão alimentícia seja prestação alimentícia. A lógica é de gênero e espécie***”. (REsp 1.361.473/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 09/05/2017, DJe 01/08/2017).

Ademais, o eminente Ministro, citando alguns dos acórdãos mencionados no “item 3.3” deste voto, afirmou: “a

*jurisprudência do STJ considera que o termo prestação alimentícia não se restringe aos alimentos decorrentes de vínculo familiar ou de ato ilícito, abrangendo todas as verbas de natureza alimentar (ou seja, todas as classes de alimentos)".*

Feitas essas considerações, o Min. Luis Felipe Salomão concordou com o Relator no sentido de que *"a penhora de verba remuneratória deve ser adotada com zelo, em rigorosa análise do caso concreto"*, mormente na hipótese de honorários advocatícios, devendo ser garantido a subsistência, dignidade e o mínimo existencial tanto do credor quanto do devedor, observado, inclusive, o disposto no art. 8º do CPC/15. Dessa forma, o eminente Ministro entendeu ser possível a penhora naquele caso concreto, divergindo do Relator.

Em continuidade, o Relator retificou seu voto, desconsiderando totalmente a distinção feita inicialmente entre prestação alimentícia e verbas de natureza alimentar, e concordando, inclusive quanto à possibilidade de penhora naquele caso concreto, com o Min. Luis Felipe Salomão, asseverando que *"não há dúvidas de que os honorários advocatícios, sejam eles contratuais ou sucumbenciais, têm natureza alimentar e toda prestação cuja verba tenha natureza alimentar é prestação alimentícia"*.

Verifica-se, portanto, que este entendimento partiu da definição das expressões *"natureza alimentar"* e *"prestação alimentícia"* como sinônimas, feita pela própria Quarta Turma em acórdão proferido no REsp 1.361.473/DF – objeto de análise no tópico seguinte –, o qual, por sua vez, teve como ponto de partida os acórdãos mencionados no *"item 3.3"* deste voto, e foco na diferenciação entre verba de natureza alimentar e pensão alimentícia, sem buscar a evolução histórica dos termos no ordenamento jurídico como um todo, como se demonstrará a seguir.

**3.5. TODA PRESTAÇÃO CUJA VERBA TENHA NATUREZA ALIMENTAR É PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA, MAS NEM TODA PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA É PENSÃO ALIMENTÍCIA, ASSIM, O ART. 3º, III, DA LEI 8.009/90 NÃO PERMITE A PENHORA DE BEM DE FAMÍLIA PARA O PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS**

Conforme destacado, esta tese foi firmada pela Quarta Turma desta Corte no julgamento do REsp 1.361.473/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Rel. p/Acórdão Min. Raul Araújo, cujo propósito recursal era definir se o crédito decorrente de honorários advocatícios podia ser equiparado à *"pensão alimentícia"*, a fim de caracte-

rizar a exceção da regra de impenhorabilidade do bem de família, nos termos do art. 3º, III, da Lei 8.009/90.

O Ministro Relator, em seu voto-vencido, rememorou que o art. 649, IV, do CPC/73, alterado pela Lei nº 11.382/06, consagrou como impenhoráveis as verbas de natureza alimentar, salvo para o pagamento de prestação alimentícia, estrutura que se manteve no CPC/15 (art. 833, IV e § 2º). Sustentou, ainda, que a exceção da impenhorabilidade do bem de família para o pagamento de pensão alimentícia ostenta a mesma *ratio essendi* do previsto pelo legislador no art. 833, §2º, do CPC/15.

Em sequência, afirmou, com base nos acórdãos analisados no “item 3.3” deste voto, e na Súmula Vinculante 47: “*a jurisprudência desta Corte considera que o termo prestação alimentícia não se restringe aos alimentos decorrentes de vínculo familiar ou de ato ilícito, mas sim abrange todas as verbas de natureza alimentar (ou seja, todas as classes de alimentos)*”. Ao fim, defendeu que seria possível a penhora de bem de família para o pagamento de honorários, vez que possuem natureza alimentar, ponderando a dignidade do credor e do devedor.

O Ministro Raul Araújo, em contrapartida, defendeu que a exceção à regra de impenho-

rabilidade dos salários para o pagamento de “**prestação de natureza alimentar**”, estabelecida pelo CPC, tem uma amplitude maior (gênero) do que aquela referente ao bem de família, pois o art. 3º, III, da Lei 8.009/90 fala em “pensão alimentícia” (espécie).

Assim, o eminente Ministro, acompanhado pela maioria, concluiu ser a expressão “verba de natureza alimentar” sinônimo de “prestação alimentícia”, se tratando de um gênero, enquanto a “pensão alimentícia” é uma espécie deste gênero, a qual é decorrente de relações familiares. A esse respeito, confira-se a ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NATUREZA ALIMENTAR DO CRÉDITO. PENHORA DE BEM DE FAMÍLIA. EXCEÇÃO À IMPENHORABILIDADE (LEI 8.009/90, ART. 3º). IMPROCEDÊNCIA. DESCABIDA AMPLIAÇÃO DO ALCANCE DA EXCEÇÃO PREVISTA NA LEI. RECURSO PROVIDO.

1. A Lei 8.009/90 estabelece como regra a impenhorabilidade do bem de família. O art. 1º é peremptório: “O imóvel residencial próprio do casal ou da entidade familiar é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza

contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nessa lei.”

2. As ressalvas são somente aquelas dos incisos do art. 3º, o qual, primeiro, reafirma no seu caput a impenhorabilidade do bem de família, excepcionando, no que interessa à hipótese, a possibilidade de satisfação do credor de pensão alimentícia. A exceção não deve ser ampliada.

3. A exclusão da impenhorabilidade, prevista na lei específica, é a do credor de pensão alimentícia, a qual, sendo espécie do gênero prestação alimentícia (ou crédito alimentar), é mais restrita do que a situação do credor de qualquer outra prestação alimentícia.

4. Toda prestação cuja verba tenha natureza alimentar é prestação alimentícia, mas nem toda prestação alimentícia é pensão alimentícia, embora toda pensão alimentícia seja prestação alimentícia. A lógica é de gênero e espécie. Há diferença.

5. Recurso especial provido para julgar procedentes os embargos à execução. (REsp 1361473/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 09/05/2017, DJe 01/08/2017).

Importante salientar, no entanto, que o objetivo no julgamento em questão era examinar a possível diferença entre “prestação alimentícia” e “pensão alimentícia”, tendo

como premissa o suposto entendimento consolidado no STJ de que verbas de natureza alimentar são prestações alimentícias, enquanto, na verdade, esta discussão não foi aprofundada por esta Corte, conforme demonstrado no “item 3.3” deste voto.

Finalizado o estudo da evolução histórica do ordenamento jurídico brasileiro a respeito da matéria, bem como o detalhado levantamento da pertinente jurisprudência desta Corte, com seus principais fundamentos expostos, passa-se ao acurado exame do objeto da controvérsia.

#### 4. DIFERENÇA ENTRE VERBA DE NATUREZA ALIMENTAR E PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA E O CORRESPONDENTE TRATAMENTO LEGISLATIVO E JURISPRUDENCIAL

Como demonstrado, derivações da expressão “prestação alimentícia” são encontradas desde o direito romano até o Código Civil de 1916, relacionadas apenas com o dever dos pais de alimentar e cuidar de seus filhos, sendo que, a partir do CC/16, o termo passou a ser utilizado, embora de forma menos recorrente, também em relação aos alimentos devidos pela prática de ato ilícito ou aqueles oriundos de ato de vontade.

No âmbito processual sempre foi comum que a execução

das chamadas “prestações alimentícias” gozassem de certos benefícios, como a prisão civil pelo inadimplemento e a possibilidade de penhorar bens tidos como, em regra, impenhoráveis. As discussões doutrinárias existentes a respeito desta expressão versavam sobre sua abrangência apenas para os alimentos familiares ou também aos indenizatórios, vez que em ambas as hipóteses está caracterizada a urgência dos alimentos, pois o alimentando não pode prover seu próprio sustento, contudo, predominava a interpretação restritiva.

O termo “natureza alimentar”, por sua vez, é derivado de “natureza alimentícia”, o qual foi introduzido no ordenamento jurídico pela Constituição de 1988, posteriormente conceituado pela EC nº 30/2000, constando o salário como um dos exemplos.

A discussão doutrinária acerca desta expressão era se os honorários advocatícios tinham natureza alimentar, e, por conseguinte, os benefícios decorrentes, tendo em vista que os honorários asseguram a subsistência do advogado, assim como o salário garante a do empregado. Inclusive, pela mesma razão, foi discutida a possibilidade de equiparar os honorários aos créditos trabalhistas para efeito de habilitação de falência e de serem impenhoráveis, nos termos do

art. 649, IV, do CPC/73, porquanto na redação original deste dispositivo, em seu rol constava o salário e outras verbas remuneratórias, mas não os honorários.

Inclusive, evidencia-se que o CPC/15, em seu art. 85, § 14, ao positivar a natureza alimentar dos honorários advocatícios, deixa claro que possuem “os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho”, justamente em razão de a controvérsia sobre a natureza dos honorários ter decorrido de sua comparação com salários e demais verbas remuneratórias.

Com efeito, embora os honorários e salários não sejam figuras idênticas, tendo em vista que estes possuem requisitos e regramentos específicos (arts. 2º, 3º, 457 e 458, da CLT), ambos são verbas remuneratórias, responsáveis por assegurar o sustento de quem as recebe e de sua família, e por isso merecem uma proteção legislativa maior quando em comparação com créditos que não possuem a mesma finalidade.

Todavia, não se pode afirmar que as verbas remuneratórias, ainda que sejam destinadas à subsistência do credor, são totalmente equivalentes aos alimentos de que trata o CC/02, isto é, aqueles oriundos de relações familiares ou responsabilidade civil, fixados por sentença ou título executivo extrajudicial.



Isso porque, diferentemente das verbas remuneratórias, os alimentos são devidos para aquele que não pode prover a sua subsistência com sua própria força, sendo que no caso dos alimentos familiares este é um requisito expresso no art. 1.695 do CC/02.

Quanto aos indenizatórios, é claro que não se trata de uma afirmação absoluta, contudo, na maioria das vezes, como bem assevera a doutrina *“decorrem da prática de ato incapacitante contra a vítima, de modo que acabam tornando-se o único recurso de que ela dispõe para o seu sustento”* (MARINONI, Luiz Guilherme; *et al.* Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum – Volume 2. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 840).

Nesse contexto, as verbas remuneratórias destinadas à subsistência do credor e de sua família, são, de fato, essenciais, razão pela qual merecem uma atenção especial do legislador, mas os alimentos estão revestidos de grave urgência, porquanto o alimentando depende exclusivamente da pessoa obrigada a lhe prestar alimentos, não tendo outros meios para se socorrer, justificando um tratamento mais sensível ainda do que aquele conferido às verbas remuneratórias.

Sob esse enfoque, a Constituição da República conferiu

um grande amparo ao credor de alimentos, uma vez que permitiu, de forma excepcional, a prisão civil do *“responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia”* (art. 5º, LXVII, da CRFB), medida que se justifica, segundo leciona José Maria de Oliveira, *“exatamente porque está em jogo o direito à uma vida digna do alimentando que não tem meios de manter a sua própria sobrevivência”* (OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes de. *In*: MORAES, Alexandre de; *et al.* Constituição Federal Comentada. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 590).

Por outro lado, atentando-se à importância do crédito remuneratório, a Constituição da República de 1988, inovando em relação às demais, equiparou o crédito remuneratório ao crédito alimentício, atribuindo-o uma natureza alimentícia, com o fim de conceder um benefício específico em sua execução, qual seja, a preferência no pagamento de precatórios, nos termos do art. 100, § 1º, da CRFB. Trata-se, portanto, de uma equiparação *ope legis*, sendo que a Constituição foi bem clara em positivar diversos exemplos de débitos a serem considerados como de natureza alimentícia.

Nota-se que a possibilidade de prisão civil do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentícia já estava pre-

vista desde a Constituição de 1946, quando ainda não se falava em verbas de natureza alimentar, e a discussão existente sobre a interpretação do termo “obrigação alimentícia” versava sobre a abrangência aos alimentos indenizatórios ou apenas aos familiares, conforme exposto no “item 2.1” deste voto.

Não se pode olvidar, outrossim, que a prestação alimentícia pressupõe uma obrigação alimentícia previamente existente, demonstrando a direta relação entre ambos os termos, tanto é que o CPC/15 regulamenta a modalidade de prisão civil em questão no capítulo sobre o “*cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de **obrigação de prestar alimentos***” (arts. 528 a 533), deixando expresso, em seu art. 528, § 6º, que “*paga a **prestação alimentícia**, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão*”.

Nesse sentido, leciona Rosa Maria de Andrade Nery: “*por alimentos se entende tudo aquilo de que alguém necessita para sobreviver, exteriorizado em prestações que o alimentante deve ao alimentado, com a finalidade precípua de garantir-lhe a sobrevivência*” (NERY, Rosa Maria de Andrade. Instituições de direito civil [livro eletrônico]: volume V: família. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. np).

Cumprе ressaltar, ainda, que tanto o constituinte quanto o legislador ordinário buscaram proteger a dignidade do credor de débitos de natureza alimentar e do credor de prestação alimentícia, conferindo a este meios mais privilegiados de execução, porquanto a sua situação de vulnerabilidade e especial urgência dos alimentos coloca em risco, não apenas a sua dignidade, como também sua própria vida. Deve ser observado, ainda, que o legislador sempre se preocupou em deixar nítido no texto legal a espécie do débito que é objeto da norma, seja pela utilização de exemplos (arts. 100, § 1º, da CRFB e 833, IV, do CPC/15) ou do próprio termo (arts. 85, § 14º; 833, § 2º e § 3º, do CPC/15).

Destarte, uma verba tem natureza alimentar quando é destinada para a subsistência de quem a recebe e de sua família, mas só é prestação alimentícia aquela devida por quem possui a obrigação de prestar alimentos familiares, indenizatórios ou voluntários em favor de uma pessoa que deles efetivamente necessita.

Assim, registra-se, a seguir, alguns exemplos das consequências jurídicas decorrentes da natureza alimentar de um débito:

l) são impenhoráveis, nos termos do art. 833, IV, do CPC/2015;



II) possibilita a penhora dos "equipamentos, os implementos e as máquinas agrícolas pertencentes a pessoa física ou a empresa individual produtora rural", nos termos do art. 833, § 3º, do CPC/2015;

III) caracteriza a hipótese de dispensa da caução prevista no art. 520, IV, do CPC/2015, consoante o art. 521, I, também do CPC/2015;

IV) possuem preferência no pagamento dos precatórios, nos termos do art. 100, § 1º, da CRFB;

V) possuem preferência em processo falimentar, seja pela regência do Decreto-Lei nº 7.661/45 (art. 102), seja pela forma prevista na Lei nº 11.101/05 (art. 83, I), conforme o julgamento do REsp 1.152.218/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, DJe 09/10/2014.

A execução das prestações alimentícias, por seu turno, possui benefícios exclusivos, além de gozar daqueles previstos para as verbas de natureza alimentar no geral, destacando-se os seguintes:

I) possibilidade de penhorar verbas de natureza alimentar e a quantia depositada em caderneta de poupança, nos termos do art. 833, § 2º, do CPC/2015;

II) possibilidade de penhorar bem de família, nos termos do art. 3º, III, da Lei nº 8.009/90;

III) possibilidade de prisão civil pelo não pagamento, nos termos do art. 528, § 3º, do CPC/2015, e art. 5º, LXVII, da CRFB;

IV) execução na forma dos arts. 528 a 533, ou 911 a 913, todos do CPC/2015, c/c a Lei nº 5.478/68.

Em face da nítida distinção entre os institutos, evidenciada pela análise histórica e pelo estudo do tratamento legislativo e jurisprudencial conferido ao tema, forçoso concluir que não se pode igualar verbas de natureza alimentar às prestações alimentícias, nem atribuir àquelas os mesmos benefícios conferidos pelo legislador a estas, sob pena de proteção deficitária ao direito à dignidade e à vida do credor de alimentos (familiares, indenizatórios ou voluntários), vez que este, por não poder prover o próprio sustento, é mais vulnerável do que o credor de débitos dotados apenas de natureza alimentar.

Desse modo, as exceções destinadas à execução de prestação alimentícia, como a possibilidade de penhora dos bens descritos no art. 833, IV e X, do CPC/15, e do bem de família (art. 3º, III, da Lei 8.009/90), assim como a prisão civil, não se estendem aos honorários advocatícios, como não se estendem às demais verbas de natureza alimentar, sob pena de eventualmente termos de

cogitar sua aplicação a todos os honorários devidos a quaisquer profissionais liberais, como médicos, engenheiros, farmacêuticos, e todas as outras categorias.

Por fim, estabelecida a diferença entre prestações alimentícias e verbas de natureza alimentar, importante tecer algumas breves considerações a respeito das excepcionais medidas de execução de cada uma.

#### 4.1. POSSIBILIDADE DE PENHORA PARA O PAGAMENTO DE PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA, INDEPENDENTEMENTE DE SUA ORIGEM, PREVISTA NO ART. 833, § 2º, DO CPC/2015.

Dispõe o Código de Processo Civil de 2015:

Art. 833. São impenhoráveis: IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º; X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos; § 2º O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às im-

portâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529, § 3º.

Cuida-se de uma manifesta hipótese de ponderação entre o direito à dignidade do credor de verbas de natureza alimentícia (impenhoráveis por força do art. 833, IV, do CPC/15) e do direito à vida do credor de prestações alimentícias, sendo que, conforme demonstrado, este se encontra em situação de maior vulnerabilidade, merecendo, por essa razão, um tratamento mais privilegiado, o que foi feito pelo legislador, ao excepcionar a regra da impenhorabilidade das verbas remuneratórias para o pagamento de prestações alimentícias.

Ademais, verifica-se ter o CPC/2015 inovado ao prever que essa exceção independe da origem da prestação alimentícia capaz de ensejar a penhora dos bens previstos nos incisos IV e X, do art. 833, do CPC/2015.

A respeito da classificação dos alimentos quanto à sua origem, ensina Fredie Didier Jr.:

Os alimentos podem ser classificados, quanto à sua origem, em: a) legítimos; b) voluntários; c) indenizativos.

Os alimentos legítimos são aqueles devidos por força de lei, em razão de parentesco, matrimônio ou união estável

(CC, art. 1.694; Lei n. 9.278/1996, art. 7º).

Os alimentos voluntários são aqueles devidos por força de negócio jurídico *inter vivos* (exemplo: transação) ou *mortis causa* (exemplo: mediante legado, CC, art. 1.920). Segundo Araken de Assis, deve-se ressaltar que é possível, também, que o indivíduo assumira obrigação alimentar pela constituição de renda (CC, art. 803).

Os alimentos indenizativos são aqueles impostos como indenização por danos causados com a prática de ato ilícito (CC, arts. 948, inc. 114, e 950). (FREDIE, Didier Jr.; et al. Curso de direito processual civil: execução. Volume 5. 7ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017 p. 714).

Assim, tendo em mente a aludida classificação dos alimentos – existente desde, ao menos, o CC/16, conforme demonstrado no “item 2.1” deste voto – averigua-se que a inovação feita pelo legislador pacificou a discussão doutrinária já mencionada, acerca da possibilidade de penhora de verbas remuneratórias para o pagamento não apenas dos alimentos familiares, mas também dos indenizatórios, haja vista que o dispositivo correspondente do CPC/39 (art. 942, VII) fazia menção apenas aos “alimentos à mulher ou aos filhos”, e o do CPC/73 (art. 649, § 2º) reportava-se ao termo “prestação alimentícia”, sem maiores esclarecimentos.

A alteração feita pelo CPC/2015 é bem explicada por Fernando Gajardoni:

Inova o Código, mesmo em relação aos alimentos, ao apontar que cabe a penhora para pagamento de prestação alimentícia, “independentemente de sua origem”. Isso significa que não só os alimentos decorrentes do direito de família, mas também os alimentos decorrentes de ato ilícito (como no caso de um atropelamento de pedestre e óbito, com o motorista tendo de arcar com alimentos para os filhos do falecido) permitem a penhora de salário. (GAJARDONI, Fernando da Fonseca; et al. Execução e Recursos: comentários ao CPC 2015: volume 3. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 213).

Quanto aos alimentos voluntários ou convencionais, verifica-se que, conforme a doutrina, podem ser fixados em negócio jurídico *inter vivos* ou *mortis causa*. A primeira hipótese não encontra previsão expressa no Código Civil, mas decorre do princípio da autonomia da vontade. O segundo caso, por outro lado, trata-se do legado de alimentos, regulamentado no art. 1.920 do CC/02.

O CPC/15 estabelece um rito específico para a execução de título executivo extrajudicial que contenha obrigação alimentar (arts. 911 a 913), aplicando-se, no que couber, al-

guns dispositivos (art. 528, §§ 2º a 7º) relativos ao cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos, incluindo o que dispõe sobre a prisão civil.

Em que pese os alimentos voluntários possam ser fixados livremente pelas partes, é precípuo analisar que a intenção do legislador em conferir privilégios para a execução dos alimentos é proteger aquele que efetivamente necessita destes para a sua sobrevivência.

Nesta linha, leciona Sílvio de Salvo Venosa, ao destacar que não é todo rendimento periódico fixado em legado que se caracteriza como alimentos, ainda que intitulados desta forma, devendo, neste caso, "*ser tratado como uma concessão genérica de renda, e não como alimentos*", sem gozar até mesmo do benefício da impenhorabilidade. Daí porque conclui:

Nesse caso, não haverá impenhorabilidade. O termo é restrito às necessidades de manutenção, de acordo com o padrão de vida do alimentando. Não podemos conceber o pagamento de alimentos sem necessidade destes. Se a intenção do testador foi única e exclusivamente a de garantir os meios de subsistência do legatário, os interessados podem pedir a diminuição ou cancelamento do benefício quando o beneficiário dele não mais ne-

cessitar. (VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: sucessões. Volume 6. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 253).

De igual modo, não se deve considerar como alimentos, para fins jurídicos, toda e qualquer prestação periódica fixada em negócio jurídico entre vivos, ainda que rotulada, pelas partes, como prestação alimentícia. Assim, tendo em vista a intenção do legislador, esta espécie de alimentos cuida daqueles devidos para quem realmente necessita, fixados pela vontade das partes, ou se tratando de alimentos familiares ou indenizatórios, quando fundados em título extrajudicial. A esse respeito, ensina Fernando Gajardoni:

A rigor, não se consegue conceber distinção relevante entre alimentos voluntários ou legítimos/indenizativos amparados em título extrajudicial. É que, formados fora do Poder Judiciário, os títulos executivos extrajudiciais pressupõem a manifestação de vontade conjunta do credor e devedor (com pontuais exceções, como a Certidão de Dívida Ativa, que pode ser unilateralmente formada pela Fazenda Pública, ou a certidão expedida por serventia notarial ou de registro, a qual também pode ser unilateralmente formada). Isso significa que os alimentos legítimos/indenizativos, quando contemplados em um título extrajudicial, serão também voluntá-

rios (por exemplo, uma escritura pública de divórcio contemplando o pagamento de alimentos de um ex-cônjuge ao outro ou um instrumento de transação em que se ajusta o pagamento de pensão por ato ilícito, na forma do art. 784, IV, não submetido à homologação judicial). (GAJARDONI, Fernando da Fonseca; et al. Execução e Recursos: comentários ao CPC 2015: volume 3. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 398).

Dessa forma, considerando a menção expressa do legislador, bem como a interpretação histórica, sistemática e teleológica da norma, verifica-se que o art. 833, § 2º, do CPC/15 abrange todas as espécies, quanto à origem, de prestações alimentícias, isto é, prestações de alimentos familiares, indenizatórios e, nas hipóteses mencionadas, voluntários, não incluindo, entretanto, as demais verbas de natureza alimentar, como os honorários advocatícios.

Logo, não é possível a penhora de verbas remuneratórias para o pagamento de honorários advocatícios.

#### 4.2. PRISÃO CIVIL PELO INADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÃO ALIMENTÍCIA.

A prisão civil é um meio coercitivo excepcionalíssimo, o qual é permitido, no sistema jurídico brasileiro atual, apenas na hipótese de inadimplemento voluntário e inescusável

de obrigação alimentícia, conforme interpretação conjunta, feita pelo Supremo Tribunal Federal, do art. 5º, LXVII, da CRFB, com o art. 7º, do Pacto San José da Costa Rica (RE 466343, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008).

A tese segundo a qual a prisão civil seria possível apenas no caso de inadimplemento de alimentos familiares é amparada por parte da doutrina, com enfoque para: Flávio Tartuce (Manual de direito civil: volume único. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, Método, 2018. p. 1389); Sílvio de Salvo Venosa (Direito civil: obrigações e responsabilidade civil. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 699); Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (Curso de direito civil: famílias. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 768).

Esse é o entendimento que predomina nesta Corte Superior, sem, contudo, exaurir a discussão, como se verifica pelos seguintes precedentes: HC 182.228/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, DJe 11/03/2011; HC 92.100/DF, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, DJ 01/02/2008, p. 1; HC 35.408/SC, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, DJ 29/11/2004, p. 314; e REsp 93.948/SP, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, DJ 01/06/1998, p. 79.

Parcela da doutrina, no entanto, sustenta que tanto o inadimplemento dos alimentos indenizatórios quanto dos familiares pode ensejar a prisão civil como medida coercitiva. Nesse sentido, destaca-se: Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero (Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum – Volume 2. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 840); Araken de Assis (Da execução de alimentos e prisão do devedor [livro eletrônico]. 3ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. np) e José Miguel Garcia Medina (Código de processo civil comentado [livro eletrônico]: com remissões e notas comparativas ao projeto do novo CPC. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. np).

Há quem defenda, ainda, que o inadimplemento de verbas de natureza alimentar, como os honorários advocatícios, também permite a prisão civil. Nesse sentido: BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: volume único. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 750. Esse entendimento, contudo, fica superado em razão da distinção feita entre verbas de natureza alimentar e prestações alimentícias.

Em relação à abrangência aos alimentos indenizatórios,

importante frisar que o CPC/15 é expresso quando deseja tratar de outras espécies de alimentos além dos familiares, como nos arts. 521, I, 533 e 833, § 2º. Ademais, conforme Flávio Tartuce, o CPC/2015 manteve o formato do código anterior, sendo que “os critérios processuais para a fixação dos alimentos indenizatórios constam do art. 533 do CPC/2015, equivalente ao art. 475-Q do CPC/1973, sem qualquer menção à prisão civil”. (TARTUCE. Flávio. Manual de direito civil: volume único. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo, Método, 2018. p. 500-501).

Com efeito, CPC/2015, ao regulamentar a prisão civil, em seu art. 528, não fez qualquer especificação quanto à origem dos alimentos cujo inadimplemento justificaria tal medida, diferentemente do disposto no art. 833, § 2º, do CPC/15, no qual o legislador foi claro em positivar que independe a origem das prestações alimentícias para caracterizar a exceção à regra de impenhorabilidade.

Nesta linha, bem observou Rita de Cássia Corrêa Vasconcelos:

Para os alimentos indenizativos haveria, tão somente, a medida da constituição de renda (CPC/1973, art. 475-Q – CPC/2015, art. 533). Mas há quem defenda que não há razão para se atribuir tratamento dife-



rente aos alimentos devidos por ato ilícito, mesmo que em relação a eles se preveja expressamente a medida especial da constituição de renda.

Infelizmente, por muito pouco esse não foi o entendimento expressamente adotado pelo legislador no CPC de 2015. E se diz por muito pouco porque no Projeto 8.046/2010, chegou a constar que as regras aplicáveis ao cumprimento da sentença que reconhece a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos (e aqui estão previstas as modalidades de desconto em folha, execução por coerção pessoal e execução por expropriação) se aplicariam aos alimentos definitivos ou provisórios, independentemente de sua origem. Como não foi essa a redação aprovada, a controvérsia permaneceu. (VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; et al. Breves comentários do código de processo civil [livro eletrônico]. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. np).

Dessa forma, considerando o caráter excepcional da prisão civil, bem como a opção do legislador em ser expresso quando trata de forma abrangente a expressão “prestação alimentícia”, conclui-se que, na ausência de especificação, este termo deve ser interpretado de maneira restritiva, sendo referente apenas aos alimentos familiares, vez que são aqueles decorrentes de uma obrigação fixada por lei, sendo a única

espécie – quanto à origem – com regramento bem detalhado pelo Código Civil (arts. 1.694 a 1.710).

A esse respeito, leciona Ingo Wolfgang Sarlet:

A prisão civil, como medida restritiva de liberdade excepcionalmente autorizada pela Constituição, não pode ter o seu âmbito alargado sem prévia norma infraconstitucional que venha a lhe dar exata conformação. Aliás, a própria edição de legislação ampliando as hipóteses de prisão civil teria de ser rigorosamente controlada à luz dos parâmetros que regem as limitações dos direitos fundamentais [...], visto que o legislador não está autorizado a transformar a norma constitucional proibitiva de prisão civil em letra morta. (SARLET, Ingo Wolfgang. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; et al. Comentários à Constituição do Brasil. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 930).

Destarte, o CPC/15 prevê a prisão civil apenas para o inadimplente de prestações alimentícias com origem em relações familiares (alimentos familiares), não se estendendo àquelas devidas pela prática de um ato ilícito (alimentos indenizatórios), tampouco às verbas de natureza alimentar.

#### 4.3. PENHORA DE BEM DE FAMÍLIA PARA O PAGAMENTO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA

O mesmo raciocínio da prisão civil aplica-se à interpretação da exceção à regra de impenhorabilidade do bem de família prevista no art. 3º, III, da Lei nº 8.009/90, com a seguinte redação:

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

III – pelo credor da pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida; (Redação dada pela Lei nº 13.144 de 2015).

A impenhorabilidade do bem de família é um instituto relacionado com o princípio da dignidade humana, por meio do qual busca o legislador resguardar o direito à moradia, à intimidade e à vida digna, do devedor e de sua família. Como bem assevera Rosa Maria de Andrade Nery: *“Não ter o sujeito de direito o seu próprio domicílio, o seu endereço, implica não poder, de certa forma, desfrutar de um dos aspectos mais importantes de sua humanidade (intimidade e resguardo privado)”*. (NERY, Rosa Maria de Andrade. Instituições de direito civil [livro eletrônico]: volume V: família. São Pau-

lo: Revista dos Tribunais, 2017. np).

Nesse contexto, o legislador, ao prever a excepcional possibilidade de se penhorar o bem de família para o pagamento de pensão alimentícia, fez uma ponderação entre o direito à dignidade do devedor e à vida do credor de alimentos, de modo semelhante ao feito com a regra de impenhorabilidade de verbas remuneratórias, contudo, neste caso, tendo em mente que a penhora do bem de família se trata de uma medida mais gravosa, merecendo, portanto, uma restrição menor no direito do devedor, razão pela qual não determinou que independe a origem da pensão alimentícia capaz de ensejar essa exceção.

Sendo assim, o termo “pensão alimentícia”, constante no art. 3º, III, da Lei nº 8.009/90, deve ser interpretado de forma restrita, abrangendo apenas os alimentos familiares, sob pena de violar a intenção do legislador em conferir uma proteção maior ao bem de família.

## 5. HIPÓTESE DOS AUTOS

No particular, o TJ/SP deu provimento, em parte, ao agravo de instrumento interposto pelo recorrido para reconhecer a impenhorabilidade de seu salário, afirmando, para tanto, que, *“embora se confira aos honorários advocatícios natureza alimentícia, não há como*



*subsumi-los na expressão “prestação alimentícia”, prevista no § 2º do artigo 833 do Código de Processo Civil, de sorte a permitir que se excepcione a regra da impenhorabilidade absoluta, estabelecida pelo “caput” de referido dispositivo legal” (fl. 326, e-STJ).*

De fato, estabelecida a diferenciação entre prestação alimentícia e verbas de natureza alimentar, verifica-se, como já demonstrado no item 4.1 deste voto, que a exceção contida na primeira parte do art. 833, § 2º, do CPC/15, é exclusivamente em relação às prestações alimentícias, independentemente de sua origem, isto é, oriundas de relações familiares, responsabilidade civil, convenção ou legado.

Desse modo, não merece reparos o acórdão recorrido quanto à interpretação dada à norma que excepciona a regra geral da impenhorabilidade (art. 833, § 2º, do CPC/15) para dela excluir a hipótese de pagamento dos honorários advocatícios.

Noutra toada, não se pode olvidar que, na interpretação da própria regra geral (art. 649, IV, do CPC/73, correspondente ao art. 833, IV, do CPC/15), a jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que a impenhorabilidade de salários pode ser excepcionada quando for preservado percentual capaz de dar guarida à dignidade do devedor e de

sua família (REsp 1582475/MG, Corte Especial, julgado em 03/10/2018, REPDJe 19/03/2019, DJe de 16/10/2018).

Com muito mais razão, na espécie, estando contrapostos dois interesses vinculados igualmente a verbas de natureza alimentar – o salário do recorrido e os honorários advocatícios do recorrente –, o princípio da máxima efetividade da execução exige que se limite, de forma equilibrada, os meios executivos, a fim de que seja preservado o mínimo existencial do devedor, sem implicar restrição desarrazoada à pretensão do credor.

Por isso, embora não se possa admitir, em abstrato, a penhora do salário do recorrido com base no § 2º do art. 833 do CPC/15, como o fez o Juízo de primeiro grau, é possível determinar a constrição, à luz da interpretação dada ao art. 833, IV, do CPC/15, quando, concretamente, ficar demonstrado nos autos que tal medida não compromete a subsistência digna do devedor e sua família.

Nessa toada, há de ser mantido o acórdão recorrido, sem prejuízo, todavia, de que nova penhora de parte do salário do recorrido seja posteriormente determinada, na linha da fundamentação supra.

## 6. CONCLUSÃO

Forte nessas razões, NEGÓ PROVIMENTO ao recurso

especial. Na ausência de honorários fixados anteriormente em desfavor do recorrente na fase de cumprimento de sentença, não se aplica a majoração prevista no art. 85, § 11, do CPC/2015.

### **CERTIDÃO DE JULGAMENTO CORTE ESPECIAL**

Certifico que a egrégia CORTE ESPECIAL, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto da Sra. Ministra Relatora conhecendo do recurso especial e negando-lhe provimento, pediu vista antecipada o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Aguardam a Sra. Ministra Laurita Vaz e os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Raul Araújo e Francisco Falcão.

Ausentes, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura e o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Licenciado o Sr. Ministro Felix Fischer.

### **CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia CORTE ESPECIAL, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Adiado o julgamento.

### **CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia CORTE ESPECIAL, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Adiado o julgamento.

### **VOTO VENCIDO**

**O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO: (*omissis*)**

### **CERTIDÃO DE JULGAMENTO CORTE ESPECIAL**

Certifico que a egrégia CORTE ESPECIAL, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Luis Felipe Salomão conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento, no que foi acompanhado pelo Sr. Ministro Jorge Mussi, e os votos dos Srs. Ministros Laurita Vaz, Ministros Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin e Napoleão Nunes Maia Filho acompanhando o voto da Sra. Ministra Relatora, pediu vista o Sr. Ministro Benedito Gonçalves, e, nos termos do art. 161, §2º, do RISTJ, o pedido foi convertido em vista coletiva.

Aguardam os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell

Marques, Raul Araújo e Francisco Falcão. Declarou-se apta a votar a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Og Fernandes e Mauro Campbell Marques. Licenciado o Sr. Ministro Felix Fischer.

## VOTO-VISTA

**O EXMO. SR. MINISTRO BENEDITO GONÇALVES:** Trata-se de recurso especial interposto por Gordilho e Napolitano Advogados Associados, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do art. 105, III, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (fl. 321):

**CUMPRIMENTO DE SENTENÇA**  
Concessão do benefício da gratuidade da justiça que produz efeitos “ex nunc”, é dizer, apenas a partir do deferimento da benesse, não alcançando, pois, a condenação do agravante ao pagamento da verba sucumbencial e às verbas atinentes às custas e honorários periciais, ocorrida antes da concessão do benefício. Impossibilidade de penhora de percentual do salário do agravante, para o pagamento de débito decorrente de honorários advocatícios. Embora se confira aos honorários advocatícios natureza alimentícia, não há como subsumi-los à expressão

“prestação alimentícia”, prevista no § 2º do art. 833 do CPC, de sorte a permitir que se excepcione a regra da impenhorabilidade absoluta, estabelecida pelo “caput” de referido dispositivo legal, cabível, tão somente, em caso de configuração das situações excepcionais, relacionadas taxativamente pelo próprio legislador, sem possibilidade de ampliação pelo aplicador do direito. A expressão “prestação alimentícia”, constante do § 2º do art. 833 do CPC, compreende apenas obrigações decorrentes de direito de família ou de responsabilidade civil, “ex vi” dos arts. 948, II; 951 e 1.696, todos do Código Civil. As normas jurídicas que contemplam exceções, por força de conhecida regra de hermenêutica jurídica, não comportam exegese ampliativa ou analógica, devendo ser interpretadas, antes, restritivamente, sob pena de ensejar privilégio não previsto em lei, o que não se pode conceber. Precedentes do STJ. Reforma da decisão agravada. Recurso parcialmente provido.

Embargos de declaração rejeitados.

Nas razões do recurso especial o recorrente alega, além do dissídio jurisprudencial, violação aos arts. 85, § 14, e 1.022, II, do CPC/2015, aos seguintes fundamentos: (a) negativa de prestação jurisdicional e, (b) possibilidade de constrição do salário do devedor para pagamento de honorários advocatícios, condide-

rando-se a natureza alimentar da verba.

Contrarrrazões às fls. 386-391.

Em questão de ordem, a Terceira Turma afetou o recurso para a Corte Especial (fls. 402-406).

Iniciado o julgamento perante esta Egrégia Corte Especial na assentada de 4/12/2019, a eminente Relatora, Ministra Nancy Andrighi, expressou o entendimento no sentido de que não se admite tal penhora. Isso porque, no entender na Ministra Relatora, a exceção à impenhorabilidade das verbas alimentares (prevista atualmente no parágrafo 2º do art. 833 do CPC/2015) diz respeito apenas ao "pagamento de *prestação alimentícia*", na expressão utilizada por tal preceito legal, o qual restringe-se aos alimentos familiares, indenizatórios ou voluntários.

Abriu a divergência o Ministro Luis Felipe Salomão, para quem a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça interpreta o parágrafo 2º do art. 833 do CPC/2015 (assim como já interpretava seu correspondente no CPC/73 - art. 649, parágrafo 2º) no sentido de que a "prestação alimentícia", cujo débito admite penhora de verbas alimentares, inclui débitos alimentares de toda ordem, inclusive honorários devidos a advogados, contratuais ou sucumbenciais.

Pedi vista dos autos.

De início, afasta-se a alegada violação do artigo 535, II, do CPC/1973, porquanto o acórdão recorrido examinou os argumentos suscitados, manifestando-se de forma fundamentada, acerca da natureza dos honorários advocatícios.

Quanto ao mérito, a questão central da controvérsia está em decidir se os honorários advocatícios, dada a sua natureza alimentícia, está excepcionado na ressalva do § 2º do art. 833 do CPC/2015, de forma a autorizar a penhora das verbas remuneratórias do executado.

O Tribunal *a quo*, em síntese, acolheu parcialmente o pleito recursal, reconhecendo, na oportunidade, a impenhorabilidade das verbas salariais do executado, ainda que destinada ao pagamento de honorários advocatícios, isso porque "não há como subsumi-los na expressão "prestação alimentícia", prevista no § 2º do artigo 833 do Código de Processo Civil, de sorte a permitir que se excepcione a regra da impenhorabilidade absoluta, estabelecida pelo *caput* de referido dispositivo legal, cabível, tão somente, em caso de configuração das situações excepcionais relacionadas taxativamente pelo próprio legislador, sem possibilidade de ampliação pelo aplicador do direito." (fl. 326).

Na mesma linha do entendimento adotado pela Corte de origem, fundamenta-se o

voto da eminente Relatora, Ministra Nancy Andrighi.

A eminente Relatora, em seu voto, faz uma incursão histórica pelo direito civil e processual civil lançando luzes para que, a partir de uma análise aprofundada sobre a questão aqui discutida, se equalize a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, até aqui, controvertida, ou seja, definir se os honorários advocatícios dada a sua classificação “verba de natureza alimentar” estão excepcionados nos termos do § 2º do art. 833 do CPC/2015.

Assim, em seu voto, a eminente Relatora afastou a possibilidade da penhora da remuneração do devedor, ainda que se trate de crédito com natureza alimentar – honorários advocatícios –, por entender que “uma verba tem natureza alimentar quando é destinada para a subsistência de quem a recebe e de sua família, mas só é prestação alimentícia aquela devida por quem possui a obrigação de prestar alimentos familiares, indenizatórios ou voluntários em favor de uma pessoa que deles efetivamente necessita”.

Anote-se, de início, indene de dúvida que os honorários advocatícios são verbas destinadas a remunerar o trabalho do advogado e, portanto, possui natureza de verba alimentar. Esse entendimento encontra-se pacificado tanto no

Superior Tribunal de Justiça quanto no Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, no julgamento do Recurso Especial 1.152.218/RS, da Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 7/5/2014, analisado e processado sob o rito dos recursos repetitivos, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, os honorários advocatícios, quer contratuais, quer sucumbenciais, passaram a ser considerados como crédito de natureza alimentar, tendo prioridade no recebimento, dentro do processo falimentar, a exemplo dos créditos de natureza trabalhista. Esse entendimento foi ratificado, pela Corte Especial, quando apreciou os EREsp 1.351.256/PR, Relator Ministro Mauro Campbell Marques (DJe de 19/12/2014), no sentido de que os créditos resultantes de honorários advocatícios têm natureza alimentar e equiparam-se aos trabalhistas para efeito de habilitação em falência. Posteriormente, esse conceito foi contemplado no parágrafo 14 do artigo 85 do novel Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. [...] § 14. Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do

trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.

A conexão entre o artigo 85, § 14 e a exceção à regra da impenhorabilidade prevista no §2º do art. 833 do CPC é a base de sustentação das teses que defendem tanto a possibilidade quanto a impossibilidade da penhorabilidade da verba remuneratória do devedor para satisfação do crédito de natureza alimentar.

Art. 833. São impenhoráveis: IV -os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º [...] § 2º O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529, § 3º.

Assim, a problemática que se coloca é, se tal natureza alimentar e o mesmo grau de privilégios de créditos trabalhistas, é suficiente para garantir a pe-

nhora de verbas remuneratórias para o pagamento de honorários de advogado, de forma a enquadrá-lo na exceção prevista no §2º do artigo 833 do Código de Processo Civil.

Não! As verbas remuneratórias, ainda que sejam destinadas à subsistência do credor, são totalmente equivalentes aos alimentos oriundos de relações familiares ou responsabilidade civil, fixados por sentença ou título executivo extrajudicial. Isso porque, diferentemente das verbas remuneratórias, os alimentos são devidos para aquele que não pode prover a sua subsistência com sua própria força, sendo que no caso dos alimentos familiares/pensão alimentícia este é um requisito expresso no art. 1.695 do CC/02.

Nesse contexto, as verbas remuneratórias destinadas à subsistência do credor e de sua família, são, de fato, essenciais, razão pela qual merecem uma atenção especial do legislador, mas os alimentos estão revestidos de grave urgência, porquanto o alimentando depende exclusivamente da pessoa obrigada a lhe prestar alimentos, não tendo outros meios para se socorrer, justificando um tratamento mais sensível ainda do que aquele conferido às verbas remuneratórias.

Não se pode olvidar, outrossim, que a prestação alimentícia

cia pressupõe uma obrigação alimentícia previamente existente, demonstrando a direta relação entre ambos os termos, tanto é que

o CPC/15 regulamenta a modalidade de prisão civil em questão no capítulo sobre o “cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de prestar alimentos” (arts. 528 a 533), deixando expresso, em seu art. 528, § 6º, que “paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão”.

Cumprido ressaltar, ainda, que tanto o constituinte quanto o legislador ordinário buscaram proteger a dignidade do credor de débitos de natureza alimentar e do credor de prestação alimentícia, conferindo a este meios mais privilegiados de execução, porquanto a sua situação de vulnerabilidade e especial urgência dos alimentos coloca em risco, não apenas a sua dignidade, como também sua própria vida. Deve ser observado, ainda, que o legislador sempre se preocupou em deixar nítido no texto legal a espécie do débito que é objeto da norma, seja pela utilização de exemplos (arts. 100, § 1º, da CRFB e 833, IV, do CPC/15) ou do próprio termo (arts. 85, § 14º; 833, § 2º e § 3º, do CPC/15).

No entanto, a execução das prestações alimentícias, possui

benefícios exclusivos, além de gozar daqueles previstos para as verbas de natureza alimentar no geral, destacando-se os seguintes:

- I) possibilidade de penhorar verbas de natureza alimentar e a quantia depositada em caderneta de poupança, nos termos do art. 833, § 2º, do CPC/2015;
- II) possibilidade de penhorar bem de família, nos termos do art. 3º, III, da Lei nº 8.009/90;
- III) possibilidade de prisão civil pelo não pagamento, nos termos do art. 528, § 3º, do CPC/2015, e art. 5º, LXVII, da CRFB;
- IV) execução na forma dos arts. 528 a 533, ou 911 a 913, todos do CPC/2015, c/c a Lei nº 5.478/68.

Não se pode, portanto, igualar verbas de natureza alimentar às prestações alimentícias, tampouco atribuir àquelas os mesmos benefícios conferidos pelo legislador a estas, sob pena de proteção deficiente ao direito à dignidade e à vida do credor de alimentos (familiares, indenizatórios ou voluntários), vez que este, por não poder prover o próprio sustento, é mais vulnerável do que o credor de débitos de natureza alimentícia.

Desse modo, as exceções destinadas à execução de prestação alimentícia, como a possibilidade de penhora dos bens descritos no art. 833, IV e X, do CPC/15, e do bem de família



(art. 3º, III, da Lei 8.009/90), assim como a prisão civil, não se estendem aos honorários advocatícios e demais verbas de natureza alimentar.

Nessa esteira, do detalhado levantamento da jurisprudência desta Corte sobre a matéria, à disposição no voto da eminente Relatora, em que pese os inúmeros julgados entendendo pela possibilidade de penhora de verba remuneratória para pagamento de honorários advocatícios, não se pode deles concluir que houve aprofundamento da discussão, de modo a concluir que “verba de natureza alimentar” são “prestações alimentícias”.

A questão chegou a ser levada à Corte Especial em Embargos de Divergência (EDcl no EAREsp 387.601/RS, de minha Relatoria, DJe 4/3/2015), interposto contra acórdão que adotou o entendimento segundo o qual “é possível a penhora de verbas remuneratórias para pagamento de honorários de advogado, considerados como verba alimentar”, e a divergência suscitada pelo embargante deu-se em relação à natureza dos honorários, e não à possibilidade de penhora da verba remuneratória. Portanto, também não houve aprofundamento da questão ora examinada.

Nessa perspectiva, pontua a Ministra Relatora, que uma verba tem “natureza alimentar”

quando se destinada à subsistência de quem a recebe e de seus familiares, mas só é considerada “prestação alimentícia” aquela devida por quem possui a obrigação de prestar alimentos familiares, indenezatórios ou voluntários em favor de uma pessoa que deles efetivamente necessita. Dessa forma, embora os honorários advocatícios tenham natureza alimentar, não se confundem com a prestação alimentícia que é aquela que decorre de alimentos fixados mês a mês, ou seja, prestação alimentar em sua essência e objetividade e não um crédito de natureza alimentar.

Diante desta diferenciação e do que se afere do artigo 833, inciso IV, do CPC/2015, o legislador contemplara com a impenhorabilidade o produto do trabalho assalariado, excetuado a hipótese de débito alimentício, o qual viabiliza a constrição da verba salarial ou remuneratória do devedor como forma de ser garantida a satisfação da obrigação que o aflige. A intangibilidade derivada do referido normativo legal, traduz verdadeiro dogma destinado a resguardar o fruto do trabalho de constrição judicial, somente sendo permitida a mitigação da proteção em situação de prestação alimentícia.

Salvo na hipótese de prestação alimentícia, tem-se que a contraprestação do trabalho



do devedor não pode ser afetada pela penhorabilidade para garantir pagamento de honorários advocatícios, ainda que verificada a inadimplência e resistência em não satisfazer os débitos que legitimamente restaram consolidados entre as partes.

Ademais, conforme regra de hermenêutica, se o legislador não fez ressalva, não é lícito nem permitido ao interprete extrair da norma exceção, notadamente quando a mesma destoa da finalidade preceituada, que no caso fora resguardar o fruto do trabalho sob o manto da intangibilidade, tornando-o impassível de constrição.

Assim, resta impossível extrair, mediante a relativização de preceptivo legal, exceção ao dogma da impenhorabilidade, ainda que o almejado com a mitigação da proteção dispensada às verbas de natureza salarial seja a agilização da cobrança e a redução do tempo ordinariamente despendido.

Com efeito, em não se enquadrando na ressalva legal de débito de obrigação alimentícia, não se pode relativizar o dogma da impenhorabilidade absoluta e integral das verbas de natureza salarial.

Ademais, a argumentação alinhavada acima encontra respaldo em recurso repetitivo de tema análogo (REsp n. 1.184.765/PA), segundo o qual

o bloqueio de ativos financeiros em nome do executado, por meio do Sistema BacenJud, não deve deixar de observar o disposto no art. 649, IV, do CPC, com a redação dada pela Lei n. 11.382/2006, que são absolutamente impenhoráveis “os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal”.

No caso em análise, amparado pelo aprofundado estudo comparativo da legislação e da jurisprudência desta Corte, realizado pela eminente Relatora, é possível concluir que os honorários advocatícios, contratuais ou de sucumbência, conquanto reconhecida-mente dotados de caráter alimentar, porque derivados do trabalho do advogado que os titulariza, não são contemplados pela hipótese preconizada no artigo 833, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil.

Com efeito, nesse sentido a lição de Freddie Didier Jr. sobre a impenhorabilidade das verbas anotadas do artigo 649, inciso IV, do Código de Processo Civil, *verbis*:

Trata-se de impenhorabilidade relativa. O § 2º do art. 649 determina que a regra não se apli-

que à execução de alimentos (decorrentes de vínculo de família ou de ato ilícito). Se o fundamento da impenhorabilidade é a natureza alimentar da remuneração, diante de um crédito também de natureza alimentar, a restrição há, realmente, de soçobrar. Atente-se, porém, que não será permitida a penhora de parcela do salário que comprometa a sobrevivência digna do executado. É preciso, mais uma vez, fazer a ponderação entre o direito do credor e a proteção do executado" (DIDIER JR, Freddie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 5 - Execução. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 554).

Alinhada a fundamentação acima, afere-se que as verbas de natureza salarial usufruem da impenhorabilidade assegurada pelo legislador, excetuada exclusivamente a penhora para a satisfação de obrigação alimentícia, o que não se confunde com a natureza alimentar dos honorários advocatícios.

Hipótese dos autos:

*In casu*, é de se manter o acórdão recorrido pois "correta a interpretação dada à norma que excepciona a regra geral da impenhorabilidade (art. 833, § 2º, do CPC/2015) para dele excluir a hipótese de pagamento dos honorários advocatícios" (Rel. Min. Nancy Andrighi, fl. 80 do Voto), considerando que a expressão "prestação alimentícia", constante do § 2º do artigo 833 do Código de Processo Civil, com-

preende apenas obrigações decorrentes de direito de família ou de responsabilidade civil, *ex vi* dos artigos 948, II; 951 e 1.696, todos do Código Civil." (fl. 336, e-STJ).

Contudo, como bem sinalizado pela eminente Ministra Relatora, posteriormente, é possível, nova penhora de parte do salário do recorrido, caso comprovado, nos moldes do inciso IV, do art. 833, do CPC/2015, que mesmo com a penhora de parte do salário, o restante se mostra capaz de dar guarida a dignidade do devedor e de sua família (REsp 1.82.475/MG, Corte Especial, DJe 16/10/2018)

Ante o exposto, pedindo vênua à divergência inaugurada pelo eminente Ministro Luis Felipe Salomão, acompanho a eminente Relatora, Ministra Nancy Andrighi, para negar provimento ao recurso especial.

É como voto.

### **VOTO VENCIDO**

**O EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO: (omissis)**

### **VOTO VENCIDO**

**(MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO) (omissis)**

### **CERTIDÃO DE JULGAMENTO CORTE ESPECIAL**

Certifico que a egrégia CORTE ESPECIAL, ao apreciar o pro-

cesso em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Benedito Gonçalves conhecendo do recurso especial e negando-lhe provimento, no que foi acompanhado pelo voto do Sr. Ministro Francisco Falcão, e os votos dos Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Raul Araújo e Napoleão Nunes Maia Filho, que retificou o voto anteriormente proferido, conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento, a Corte Especial, por maioria, conheceu do recurso especial e

negou-lhe provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Benedito Gonçalves e Francisco Falcão votaram com a Sra. Ministra Relatora. Vencidos os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Og Fernandes, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques e Raul Araújo que conheciam do recurso especial e davam-lhe provimento.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.



# Superior Tribunal de Justiça

**Honorários advocatícios. Deferimento posterior ao pedido recuperacional. Natureza extraconcursal.<sup>1</sup>**

## EMENTA OFICIAL

DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. SENTENÇA POSTERIOR AO PEDIDO RECUPERACIONAL. NATUREZA EXTRA-CONCURSAL. NÃO SUJEIÇÃO AO PLANO DE RECUPERAÇÃO E A SEUS EFEITOS.

1. Os créditos constituídos depois de ter o devedor ingressado com o pedido de recuperação judicial estão excluídos do plano e de seus efeitos (art. 49, *caput*, da Lei n. 11.101/2005).

2. A Corte Especial do STJ, no julgamento do EAREsp 1255986/PR, decidiu que a sentença (ou o ato jurisdicional equivalente, na competência originária dos tribunais) é o ato processual que qualifica o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios sucumbenciais.

3. Em exegese lógica e sistemática, se a sentença que arbitrou os honorários sucumbenciais se deu posteriormente ao

pedido de recuperação judicial, o crédito que dali emana, necessariamente, nascerá com natureza extraconcursal, já que, nos termos do art. 49, *caput* da Lei 11.101/05, sujeitam-se ao plano de soerguimento os créditos existentes na data do pedido de recuperação judicial, ainda que não vencidos, e não os posteriores. Por outro lado, se a sentença que arbitrou os honorários advocatícios for anterior ao pedido recuperacional, o crédito dali decorrente deverá ser tido como concursal, devendo ser habilitado e pago nos termos do plano de recuperação judicial.

4. Na hipótese, a sentença que fixou os honorários advocatícios foi prolatada após o pedido de recuperação judicial e, por conseguinte, em se tratando de crédito constituído posteriormente ao pleito recuperacional, tal verba não deverá se submeter aos seus efeitos, ressalvando-se o controle dos atos expropriatórios pelo juízo universal.

5. Recurso especial provido.

<sup>1</sup> Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1912119&num\\_registro=201802855772&data=20200413&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1912119&num_registro=201802855772&data=20200413&formato=PDF)>.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça acordam, após o voto da Sra. Ministra Relatora negando provimento ao recurso especial e o voto divergente do Sr. Ministro Luis Felipe Salomão, por maioria, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Luis Felipe Salomão, que lavrará o acórdão.

Votaram com o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro.

Vencidos os Srs. Ministros Nancy Andrighi (Relatora), Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti.

Sustentou oralmente a Dra. RAQUEL DEGNES DE DEUS, advogada em causa própria, recorrente.

Brasília (DF), 12 de fevereiro de 2020 (Data do Julgamento).

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO, Relator p/ Acórdão.

REsp 1.841.960. DJe 13/04/2020.

### VOTO-VENCEDOR

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO:

1. Cuida-se de recurso especial fundado no art. 105, III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, interposto contra acórdão proferido pelo Eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Execução de título extrajudicial - Suspensão com base no artigo 6º da Lei nº 11.101/2005 - Cabimento - Pressuposto para ajuizamento de execução que exige o fundamento em título de obrigação líquida, certa e exigível (art. 783 do CPC) - Sujeição do crédito nesses termos ao plano de recuperação judicial, ante a constituição do crédito que se deu, nesses termos, anteriormente a tal pedido (art. 49, Lei nº 11.101/05), inobstante o trânsito em julgado dos embargos à execução ter ocorrido apenas posteriormente, os quais foram julgados improcedentes - Honorários da sucumbência - Princípio da causalidade e da isonomia - Honorários que indissociavelmente estão vinculados à demanda que lhes deu origem e que, para fins de recuperação judicial, sujeitam-se à mesma condição a que se subordinam os créditos de origem trabalhista no plano de recuperação - Decisão mantida - Recurso não provido.

Nas razões do recurso especial, além de dissídio jurisprudencial, a parte recorrente sustenta violação aos arts. 49 e 59 da Lei 11.101/2005 e § 2º do art. 827, CPC.

Aduz que os honorários advocatícios sucumbenciais decorrentes de condenação havida após o pedido de recuperação judicial da devedora, oriundo de improcedência de embargos à execução, não se submetem aos efeitos do processo de recuperacional.

Sustenta que constitui direito do credor prosseguir com a ação executiva, por se tratar de crédito extraconcursal, devendo ser remetido ao juízo da recuperação apenas a prática de atos constritivos.

Contrarrazões às fls. 4310-4326.

O recurso recebeu crivo negativo de admissibilidade na origem (fls. 4355-4357), ascendendo a esta Corte Superior pelo provimento do agravo (fls. 4360-4370).

Em decisão de fl. 4398, a eminente Ministra Nancy Andrighi converteu o agravo em recurso especial e, posteriormente, afetou a análise do recurso para Segunda Seção desta Corte Superior (fl. 4405).

Em seu voto, a eminente Relatora, defendeu que "os honorários advocatícios cobrados na presente execução não consubstanciam crédito existente na data da protocolização do pedido de recuperação judicial (visto que nasceram da sentença prolatada posteriormente a ele), o que os excluiria, na hipótese de examiná-los unicamente sob este enfoque, de seus efeitos".

Por ostentarem caráter alimentar, semelhante aos créditos trabalhistas, e natureza concursal, devem se submeter aos efeitos da recuperação judicial. Conclusão em sentido diverso, no sentido de "classificar os honorários advocatícios como importância de caráter extraconcursal no processo de soerguimento resultaria em indevida chancela de uma desigual e indesejável situação fática: por um lado, admitir-se-ia a submissão de créditos trabalhistas aos efeitos da recuperação judicial - ainda que esses fossem reconhecidos em juízo posteriormente ao seu processamento -, mas, por outro lado, não se admitiria a sujeição a esses mesmos efeitos de valores que ostentam idêntica natureza jurídica".

É o relatório, em acréscimo à exposição já apresentada.

2. A controvérsia dos autos está em definir se os créditos decorrentes de honorários sucumbenciais, oriundos da improcedência de embargos à execução opostos pela recorrida, anteriormente ao pedido de recuperação judicial, mas cuja condenação e trânsito em julgado da sentença se deram posteriormente ao pleito recuperacional, devem se submeter ou não ao plano de soerguimento.

Pela riqueza de detalhes e assertividade, vale colacionar um breve histórico da controvérsia contido no voto da emi-

nente Ministra Nancy Andrighi, *in verbis*:

Colhe-se de pesquisa realizada junto ao sistema informatizado de jurisprudência desta Corte que, a partir do ano de 2013, os seguintes posicionamentos foram externados acerca da matéria: Na oportunidade do julgamento do REsp 1.377.764/MS (DJe 29/8/2013), a Terceira Turma decidiu que, por ostentar natureza alimentar, os honorários advocatícios sucumbenciais -ainda que constituídos posteriormente ao pedido de recuperação judicial do devedor - devem ser tratados da mesma forma que os créditos trabalhistas, isto é, sujeitando-se aos efeitos do processo de soerguimento. A Quarta Turma, porém, ao apreciar a questão, manifestou entendimento no sentido da não sujeição de tais créditos aos efeitos do processo de soerguimento, incumbindo ao juízo da recuperação, apenas, exercer o controle dos atos expropriatórios na execução particular, a fim de impedir a excussão de bem essencial à atividade da recuperanda (REsp 1.298.670/MS, DJe 26/6/2015). No âmbito da Terceira Turma, a conclusão no sentido da sujeição ao plano recuperacional da verba em questão foi mantida quando da apreciação do recurso especial 1.443.750/RS (DJe 6/12/2016). Aproximadamente um ano depois, a Segunda Seção, ao examinar o AgInt no CC 151.639/SP (DJe 6/11/2017), decidiu no mesmo sentido da posição adotada pela Quarta Turma. Constou do acórdão que,

não obstante o aludido crédito não poder integrar o plano (pois constituído posteriormente ao pedido de recuperação judicial), deve ser obstada a expropriação de bens essenciais à atividade empresarial. Seguiu-se, todavia, no âmbito da Terceira Turma, o julgamento do REsp 1.649.774/SP (DJe 15/2/2019), em que se decidiu, novamente, que, "em razão da natureza dos créditos resultantes de honorários advocatícios, que ostenta o caráter alimentar, admite-se a equiparação destes com os créditos trabalhistas, a ensejar aos seus titulares os correspondentes privilégios fixados em lei em face de concurso de credores em geral, tal como se dá na falência e na recuperação judicial". Quando da apreciação do AgInt no AREsp 1.381.009/MS (DJe 24/5/2019), outra vez mais a Terceira Turma confirmou a sujeição do crédito decorrente de honorários aos efeitos do processo recuperacional, reafirmando que "deve ser dispensado tratamento isonômico a verbas que ostentam a mesma afinidade ontológica, sendo possível o pedido de habilitação de crédito dos honorários advocatícios sucumbenciais constituídos após o pedido de recuperação judicial". Contudo, verifica-se que, em 26/8/2019, a mesma Terceira Turma decidiu em sentido diverso ao que vinha decidindo, reconhecendo, de um lado, a impossibilidade de tais créditos integrarem o plano e, de outro, vedando a expropriação de bens essenciais à atividade da empresa (AgInt nos EDcl no



REsp 1.649.186/RS, DJe 30/8/2019).

Como se verifica do histórico colacionado, a Terceira Turma possui entendimento vacilante sobre o tema, inicialmente equiparando os honorários sucumbenciais surgidos posteriormente à sentença, em desfavor da empresa recuperanda, a créditos trabalhistas e submetendo-o aos efeitos da recuperação judicial.

De outro parte, a Quarta Turma, bem como a Segunda Seção desta Corte Superior possuem entendimento predominante no sentido de reconhecer que os honorários sucumbenciais surgidos posteriormente ao pleito de recuperação judicial da empresa devedora não se sujeitam aos efeitos do processo de soerguimento - são créditos extraconcursais-, incumbindo ao juízo da recuperação exercer o controle dos atos expropriatórios na execução particular, entendimento, aliás, que foi adotado pela Terceira Turma em seu julgamento mais recente sobre a questão (AgInt nos EDcl no REsp 1.649.186/RS, DJe 30/8/2019), o qual entendo que deva prevalecer.

3. Como sabido, nas linhas do magistério de Chiovenda, o direito aos honorários nasce com a decisão do juiz, condenando a parte sucumbente a pagá-los. Tal direito dependeria da sucumbência, *a fortiori*

porque o trabalho desempenhado pelo advogado, no decorrer do processo, não originaria um direito, mas sim uma situação jurídica apta a formar, futuramente, um direito. Dessa forma, **a sentença não reconheceria ao causídico direito preexistente, e sim direito que surge com a decisão judicial.** (CHIOVENDA, Giuseppe. *La condanna nelle spese giudiziali*. 2ª ed. Roma: Foro, 1935, p. 177; e *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1980, p. 74).

De fato, a Corte Especial do STJ, no julgamento do EAREsp 1255986/PR em decisão unânime, concluiu que a sentença (ou o ato jurisdicional equivalente, na competência originária dos tribunais) é o ato processual que qualifica o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios sucumbenciais.

Confira-se:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. DIREITO INTERTEMPORAL: ART. 20 DO CPC/1973 VS. ART. 85 DO CPC/2015. NATUREZA JURÍDICA HÍBRIDA, PROCESSUAL E MATERIAL. MARCO TEMPORAL PARA A INCIDÊNCIA DO CPC/2015. PROLAÇÃO DA SENTENÇA. PRESERVAÇÃO DO DIREITO ADQUIRIDO PROCESSUAL. 1. Em homenagem à natureza processual material e com o es-

copo de preservar os princípios do direito adquirido, da segurança jurídica e da não surpresa, as normas sobre honorários advocatícios de sucumbência não devem ser alcançadas pela lei processual nova.

**2. A sentença (ou o ato jurisdicional equivalente, na competência originária dos tribunais), como ato processual que qualifica o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios, deve ser considerada o marco temporal para a aplicação das regras fixadas pelo CPC/2015.**

**3. Assim, se o capítulo acessório da sentença, referente aos honorários sucumbenciais, foi prolatado em consonância com o CPC/1973, serão aplicadas essas regras até o trânsito em julgado. Por outro lado, nos casos de sentença proferida a partir do dia 18.3.2016, as normas do novel diploma processual relativas a honorários sucumbenciais é que serão utilizadas.**

4. No caso concreto, a sentença fixou os honorários em consonância com o CPC/1973. Dessa forma, não obstante o fato de o Tribunal de origem ter reformado a sentença já sob a égide do CPC/2015, incidem, quanto aos honorários, as regras do diploma processual anterior.

5. Embargos de divergência não providos.

(EAREsp 1255986/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/03/2019, DJe 06/05/2019)

Nesse sentido, é remansoso o entendimento desta Corte Superior que os honorários advocatícios sucumbenciais possuem como nascedouro a decisão judicial que os constitui (sentença ou ato judicial equivalente), distribuindo os ônus sucumbenciais. Vejamos:

HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. SENTENÇA ARBITRAL. LIMITES SUBJETIVOS. EFETIVO EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO. VERIFICAÇÃO. TEXTO FORMAL DA SENTENÇA. FORMALIDADES. ATENDIMENTO. APOSTILAMENTO. CONVENÇÃO DE HAIA DE 1969. DECRETO 8.660 DE 29/01/2016. DOCUMENTO PÚBLICO. CONCEITO AMPLO. ASSINATURA, SELO E OU CARIMBO. AUTENTICIDADE. COMPROVAÇÃO. JUÍZO DE DELIBAÇÃO. COMPETÊNCIA. STJ. EXAME DE MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. VALOR DA CAUSA. CONDENAÇÃO IMPOSTA NO ESTRANGEIRO. HONORÁRIOS. DIREITO INTERTEMPORAL. MARCO DEFINIDOR. PROLAÇÃO DA SENTENÇA. (...)

**9. O marco temporal para a aplicação das regras fixadas pelo CPC/2015 em relação aos honorários advocatícios é a data da prolação da sentença. Precedentes.**

10. Sentença arbitral estrangeira homologada parcialmente. Processo extinto sem resolução de mérito em relação à requerida ILLUSION ACESSÓRIOS DE MODAS LTDA. (SEC 14.385/EX, Rel. Ministra NANCY

ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/08/2018, DJe 21/08/2018)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MEDIDA CAUTELAR. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO STJ. ART. 1.022 DO CPC/2015. EMBARGOS DOS REQUERIDOS. VÍCIOS NÃO DEMONSTRADOS. MERO INCONFORMISMO. EMBARGOS DA REQUERENTE. OMISSÃO QUANTO AOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. **FEITO INICIADO AO TEMPO DO CPC/73, MAS DECIDIDO APÓS A ENTRADA EM VIGOR DO CPC/2015. MARCO TEMPORAL PARA A APLICAÇÃO DO CPC/2015. PROLAÇÃO DA SENTENÇA.**

(...)

**5. O marco temporal para a aplicação das normas do CPC/2015 a respeito da fixação e distribuição dos ônus sucumbenciais é a data da prolação da sentença ou, no caso dos feitos de competência originária dos tribunais, do ato jurisdicional equivalente à sentença.**

(...)

9. Embargos de declaração de Newedge USA LLC acolhidos, sem efeitos infringentes, somente para o fim de esclarecer que neste momento processual é incabível a fixação de honorários advocatícios. (EDcl na MC 17.411/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/11/2017, DJe 27/11/2017)

RECURSO INTERPOSTO NA VI-  
GÊNCIA DO CPC/2015. ENUN-

CIADO ADMINISTRATIVO Nº 3. PROCESSUAL CIVIL. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DIREITO INTERTEMPORAL: ART. 20 DO CPC/1973 VS. ART. 85 DO CPC/2015. DEFINIÇÃO DA LEI APLICÁVEL.

**1. Este Superior Tribunal de Justiça tem farta jurisprudência no sentido de que, indiferente a data do ajuizamento da ação e a data do julgamento dos recursos correspondentes, a lei aplicável para a fixação inicial da verba honorária é aquela vigente na data da sentença/acórdão que a impõe.** Precedentes: REsp. n. 542.056/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 19.02.2004; REsp. n. 816.848/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 13 de março de 2009; REsp 981.196/BA, Relator Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJ de 02 de dezembro de 2008; AgRg no REsp 910.710/BA, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 16.09.2008; AgInt nos EDcl no REsp. n. 1.357.561/MG, Terceira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 04.04.2017, DJe 19.04.2017; REsp. n. 1.465.535/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 21.06.2016.

(...)

(REsp 1649720/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/10/2017, DJe 30/10/2017)

RESPONSABILIDADE CIVIL.  
DANO MORAL. MAJORAÇÃO

DE INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. COMPENSAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA 83/STJ. INADMISSIBILIDADE DO RECURSO. (...)

**4. Assentou o Superior Tribunal de Justiça que "em homenagem à natureza processual material e com o escopo de preservar-se o direito adquirido, as normas sobre honorários advocatícios não são alcançadas por lei nova. A sentença, como ato processual que qualifica o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios, deve ser considerada o marco temporal para a aplicação das regras fixadas pelo CPC/2015" (REsp 1.465.535/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21/6/2016, DJe 22/8/2016).**

**5. A hermenêutica ora propugnada pretende cristalizar a seguinte ideia: se o capítulo acessório da sentença, referente aos honorários sucumbenciais, foi prolatado em consonância com o CPC/1973, serão aplicadas as regras do vetusto diploma processual até a ocorrência do trânsito em julgado. Por outro lado, nos casos de sentença proferida a partir do dia 18.3.2016, as normas do novel CPC cingirão a situação concreta.**

**6. De fato, o próprio art. 14 do CPC/2015 aponta norma de direito intertemporal, com o escopo de proteger os**

**atos praticados na vigência da codificação anterior: "Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada."**

7. Em face dos contornos de direito material, não é possível sustentar-se a aplicação das novas regras de honorários recursais a partir de 18.3.2016, data em que entrou em vigor o novo CPC. De fato, a aplicação imediata do instituto, seguindo o princípio do isolamento dos atos processuais, revestirá a defendida natureza material com o capeirão da vertente processual, desconstruindo, como consequência cartesiana, toda a legislação, a jurisprudência e a doutrina, que reconheceram, após décadas de vicissitudes, o direito alimentar dos advogados à percepção de honorários.

**8. No presente caso, a sentença foi publicada antes de 18.3.2016. Logo, aplica-se aos honorários sucumbenciais o CPC/1973.**

(...)

11. Recurso Especial de que parcialmente se conhece e, nessa parte, nega-se-lhe provimento. (REsp 1672406/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 13/09/2017)

TRIBUTÁRIO. ITCD. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DATA DA SENTENÇA OU DO ACÓRDÃO. PRECEDENTES.

ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 85, §2º E §3º DO CPC/2015. SÚMULA N. 282/STF. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 108 E 165 DO CTN. INTERPRETAÇÃO DE LEI LOCAL. LEI ESTADUAL 10.175/1998. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 280/STJ. DIVERGÊNCIA NÃO COMPROVADA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE QUANDO NÃO HÁ INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO VIOLADO.

**I - A legislação aplicável para a fixação dos honorários advocatícios, será definida pela data da sentença ou do acórdão que fixou a condenação, devendo ser observada a norma adjetiva vigente no momento de sua publicação.** Neste sentido: REsp 1672406/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/08/2017, DJe 13/09/2017; REsp 1465535/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 22/08/2016; AgInt no REsp 1657177/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/08/2017, DJe 23/08/2017; REsp 1644846/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 31/08/2017.

(...)

VI - Agravo interno improvido (AgInt no REsp 1696013/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 21/05/2018)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. ARBITRAGEM. EXECU-

ÇÃO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DE LOCAÇÃO. CLÁUSULA COMPRO-MISSÓRIA. EMBARGOS DO DEVEDOR. MÉRITO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL. QUESTÕES FORMAIS, ATINENTES A ATOS EXECUTIVOS OU DE DIREITOS PATRIMONIAIS INDISPONÍVEIS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTADUAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NATUREZA JURÍDICA. LEI NOVA. MARCO TEMPORAL PARA A APLICAÇÃO DO CPC/2015. PROLAÇÃO DA SENTENÇA.

(...)

**6. O Superior Tribunal de Justiça propugna que, em homenagem à natureza processual material e com o escopo de preservar-se o direito adquirido, as normas sobre honorários advocatícios não são alcançadas por lei nova. A sentença, como ato processual que qualifica o nascedouro do direito à percepção dos honorários advocatícios, deve ser considerada o marco temporal para a aplicação das regras fixadas pelo CPC/2015.**

7. No caso concreto, a sentença fixou os honorários em consonância com o CPC/1973. Dessa forma, não obstante o fato de esta Corte Superior reformar o acórdão recorrido após a vigência do novo CPC, incidem, quanto aos honorários, as regras do diploma processual anterior.

8. Recurso especial provido. (REsp 1465535/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO,

QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 22/08/2016)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E INTERTEMPORAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FAZENDA PÚBLICA. SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA NA VIGÊNCIA DO CPC/1973 E PUBLICADA JÁ QUANDO EM VIGOR O CPC/2015. NOVO ESTATUTO. OBSERVÂNCIA. (...)

**3. A despeito de ser possível a incidência dos honorários previstos nos art. 85, § 11, do CPC/2015, em sede recursal (Enunciado Administrativo n. 7 do STJ), os honorários de sucumbência deverão obedecer à legislação vigente na data da sentença ou do acórdão que fixou a condenação, lembrando-se que a decisão produz todos os seus efeitos jurídicos somente após a sua publicação.**

4. Hipótese em que a sentença foi proferida sob a égide do CPC/1973, sendo o decisum, contudo, publicado já na vigência no novo Código Processual, considerando-se as peculiaridades da contagem dos prazos no processo eletrônico (art. 5º da Lei n. 11.419/2006, c/c o art. 224 do CPC/2015).

5. Recurso especial provido para determinar que o Tribunal de origem reexamine o valor dos honorários de sucumbência, à luz do disposto no art. 85, § 3º e seguintes, do CPC/2015.

(REsp 1644846/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 31/08/2017)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. DIREITO INTERTEMPORAL. REGIME JURÍDICO APLICÁVEL. PROPOSITURA DA AÇÃO SOB A ÉGIDE DO ESTATUTO PROCESSUAL CIVIL DE 1973. PROLAÇÃO DE SENTENÇA QUANDO EM VIGOR O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE DA NOVEL LEGISLAÇÃO. NECESSIDADE DE ARBITRAMENTO DA VERBA HONORÁRIA SUCUMBENCIAL À LUZ DO ART. 85 DA LEI N. 13.105/2015. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015 no julgamento do Agravo Interno.

**II -Consoante o entendimento desta Corte, a sentença é o marco para delimitação do regime jurídico aplicável à fixação de honorários advocatícios, restando-se incorreto seu arbitramento, com fundamento no CPC de 1973, posteriormente à 18.03.2016 (data da entrada em vigor da novel legislação).**

(...)

V - Recurso Especial parcialmente provido.

(REsp 1647246/PE, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/11/2017, DJe 19/12/2017).



Dessarte, em exegese lógica e sistemática, se a sentença que arbitrou os honorários sucumbenciais se deu posteriormente ao pedido de recuperação judicial, o crédito que dali emana, necessariamente, nascerá com natureza extraconcursal, já que, nos termos do art. 49, caput da Lei 11.101/05, sujeitam-se ao plano de soerguimento os créditos existentes na data do pedido de recuperação judicial, ainda que não vencidos, e não os posteriores. Por outro lado, se a sentença que arbitrou os honorários advocatícios for anterior ao pedido recuperacional, o crédito dali decorrente deverá ser tido como concursal, devendo ser habilitado e pago nos termos do plano de recuperação judicial.

Na hipótese, a sentença proferida em desfavor da recorrida foi posterior ao pedido de recuperação judicial e, por conseguinte, os honorários sucumbenciais têm natureza extraconcursal.

4. Ressalte-se que não prospera a argumentação da recorrente de que se o crédito resultante da ação principal submete-se à recuperação judicial, os honorários advocatícios também devem se submeter por serem decorrentes do litígio estabelecido para a cobrança deste crédito.

Ao contrário, não há relação de acessoriedade entre o crédito buscado na execução e

os honorários de sucumbência resultantes desse processo ou de processos relacionados.

Isso porque os honorários advocatícios remuneram o advogado por seu trabalho e constituem direito autônomo do patrono, como dispõe a literalidade da lei, verbis:

Art. 23. Os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor.

Outrossim, equivocada o raciocínio desenvolvido no sentido que a natureza alimentar dos honorários sucumbenciais ensejariam a sua submissão ao plano de soerguimento, posto que equiparados às verbas trabalhistas.

Ora, como é cediço, o que define se o crédito integrará o plano de soerguimento é a sua natureza concursal ou extraconcursal. Dessarte, é inequívoco que há créditos de natureza alimentar e/ou trabalhistas na seara dos concursais (os quais estarão sujeitos à recuperação judicial) e dos extraconcursais.

Isto é, independentemente da natureza, a jurisprudência do STJ se sedimentou no sentido de que aqueles créditos posteriores ao pedido de recu-

peração judicial não estarão sujeitos ao plano eventualmente aprovado, nos termos do artigo 49 da Lei n. 11.101/2005 (AgRg no AREsp 468.895/MG, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 14/11/2014; EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no CC 105.345/DF, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/11/2011, DJe 25/11/2011).

5. É de se ter, ademais, que o Juízo universal da recuperação é o competente para decidir acerca da forma de pagamento dos débitos da sociedade empresária, constituídos até aquele momento (art. 49). Por conseguinte, os créditos constituídos após o pedido de recuperação judicial ficarão excluídos dos seus efeitos.

Fábio Ulhoa Coelho, ao comentar o artigo 49 da Lei de Falências, faz as seguintes considerações acerca da questão:

A recuperação atinge, como regra, todos os credores existentes ao tempo da impletação do benefício.

**Os credores cujos créditos se constituírem depois de o devedor ter ingressado em juízo com o pedido de recuperação judicial estão absolutamente excluídos dos efeitos deste.** Quer dizer, não poderão ter seus créditos alterados ou novados pelo Plano de Recuperação Judicial. Aliás, esse credores, por terem contribuído com a tentativa de

reer-guimento da empresa em crise terão seus créditos reclassificados para cima, em caso de falência (art. 67). Assim, não se sujeita aos efeitos da recuperação judicial (tais como a suspensão da execução, novação ou alteração pelo Plano aprovado em Assembleia, participação em Assembleia, etc.) aquele credor cuja obrigação constituiu-se após o dia da distribuição do pedido de recuperação judicial. (COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 191)

Marcos Andrey de Sousa também não vacila ao afirmar que:

O primeiro aspecto a observar é o marco temporal, qual seja, **a data do pedido. Os credores posteriores ao pedido não podem ser incluídos no plano de recuperação, mesmo que este seja elaborado e apresentado posteriormente.** Aliás, a lei atribui efeitos diametralmente opostos aos credores posteriores, considerando-os inclusive extracursais na hipótese de falência do devedor, segundo o artigo 67 da nova lei. É visível, neste ponto, o interesse do legislador em estimular os fornecedores, de produtos ou dinheiro, a manter fornecimentos com concessão de crédito ao empresário que postulou sua recuperação, eis que a manutenção sadia da atividade não só é o objetivo da lei, como é



primordial para o mister da recuperação. Assim sendo, sujeitar os fornecedores posteriores seria um desestímulo à continuidade de parcerias e futuros negócios. (LUCCA, Nilton de; SIMÃO FILHO, Adalberto (coordenadores). *Comentários à nova lei de recuperação de empresas e de falências*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 228-229)

Frederico Augusto Monte Simionato denomina os credores posteriores de "credores na recuperação judicial", já que "o nascimento das suas obrigações e direitos decorre de uma empresa que se encontra em processo de reorganização judicial, e que, portanto, e para bem do crédito, têm um tratamento jurídico distinto dos demais credores anteriores ao pedido de recuperação". (SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *Tratado de direito falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 201).

O objetivo do legislador ao excluir as obrigações constituídas posteriormente ao pedido de recuperação, a meu sentir, foi possibilitar ao devedor ter acesso a contratos comerciais, bancários e trabalhistas, a fim de viabilizar a recuperação da empresa.

Nesse ponto, preciso o comentário de Humberto Lucena Pereira da Fonseca:

[...] são justamente os fornecedores e os oferecedores de

crédito as peças mais relevantes para a superação das dificuldades e, ao mesmo tempo, os mais propensos a abandonar o devedor nos momentos de crise. Sem o fornecimento de matéria-prima ou de produtos para a revenda, ficaria inviabilizado o próprio exercício da empresa, pressuposto óbvio para sua recuperação. Outrossim, é razoável supor que a maioria das empresas precise contar com a injeção de novos recursos, normalmente obtidos no mercado de crédito, para se reestruturar financeiramente e superar a crise. (CORRÊA-LIMA, Osmar Brina; CORRÊA-LIMA, Sérgio Mourão (coordenadores). *Comentários à nova lei de falência e recuperação de empresas*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 453-454).

No voto condutor dos EDcl nos EDcl no AgRg no CC 105.345/DF, julgado em 9/11/2011, DJe 25/11/2011, o Ministro Raul Araújo fez considerações pertinentes sobre o tema:

Além disso, o artigo 49 da LFR tem como objetivo especificar quais os créditos, desde que não pagos e não inseridos nas exceções apontadas pela própria lei (§ 3º do art. 49), que se submeterão ao regime da recuperação judicial e aqueles que estarão fora dele. **Isso, porque, como se sabe, na recuperação judicial, a sociedade empresária continua funcionando normal-**

**mente e, portanto, com empregados e negociando com bancos, fornecedores e clientes. Nesse contexto, se, após o pedido de recuperação judicial, os débitos contraídos pelo devedor se submetessem a seu regime, não haveria quem com ele quisesse negociar. Assim, para possibilitar a continuidade dos negócios, finalidade última da recuperação judicial, o legislador não somente excluiu os créditos constituídos após o protocolo do pedido de recuperação, como, na verdade, os cerceu de privilégios, como, por exemplo, serem classificados como extraconcurrais, no caso de ser decretada a falência da sociedade empresária (art. 67 da Lei 11.101/2005). Daí a importância do art. 49 da LFR, que determina quais créditos se submetem ao regime da recuperação e quais dela estão excluídos.**

Nesse diapasão, a recuperação judicial não pode ser observada a partir da amesquinhada visão de que o instituto visa a proteger os interesses do empresário, em detrimento de outros não menos legítimos.

Na verdade, o valor primordial a ser protegido é o da ordem econômica, bastando analisar com mais vagar os meios de recuperação da empresa legalmente previstos (como, por exemplo, os incisos III, IV, V, XIII e XIV do art. 50 da LF) para per-

ceber que, em alguns casos, é exatamente o interesse individual do empresário que é sacrificado, em deferência da preservação da empresa como unidade econômica de inegável utilidade social.

Cumprе sublinhar também que, em se tratando de recuperação judicial, a nova Lei de Falências traz uma norma-programa de densa carga principiológica, constituindo a lente pela qual devem ser interpretados os demais dispositivos. A inovação está no art. 47, que serve como um parâmetro a guiar a operacionalidade da recuperação judicial, vale dizer, "viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica".

Com efeito, a hermenêutica conferida à Lei n. 11.101/2005, no particular relativo à recuperação judicial, deve sempre se manter fiel aos propósitos do diploma, isto é, nenhuma interpretação pode ser aceita se dela resulta circunstância que, além de não fomentar, na verdade inviabilize a superação da crise empresarial, com consequências perniciosas ao objetivo de preservação da empresa economicamente viável, à manutenção da fonte pro-

dução e dos postos de trabalho, além de não atender a nenhum interesse legítimo dos credores, sob pena de tornar inviável toda e qualquer recuperação, sepultando o instituto.

Isso porque é de presumir que a empresa que se socorre da recuperação judicial se encontra em dificuldades financeiras tanto para pagar fornecedores e passivo tributário (obtendo certidões negativas de débitos) como, inclusive, para obter crédito e mão de obra na praça em razão do aparente risco de seus negócios; por conseguinte, inevitavelmente, há fragilização em sua atividade produtiva e capacidade competitiva.

É em razão disso que os créditos constituídos posteriormente ao pedido de recuperação judicial devem ficar excluídos dos efeitos desse pedido, funcionando, tal regra, como uma espécie de prêmio/comunicação para aqueles que, assumindo riscos, vierem a colaborar para a superação de crise, justamente porque, numa legislação vocacionada ao saneamento financeiro de empresa em crise, será inócua se não contemplar privilégios especiais àqueles que, assumindo riscos, colaboraram efetivamente para o soerguimento da empresa deficitária.

Fábio Ulhoa bem adverte que:

Os credores posteriores à distribuição do pedido estão excluídos porque, se assim não fosse, o devedor não conseguiria mais acesso nenhum a crédito comercial ou bancário, inviabilizando-se o objetivo da recuperação. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 191)

Nesse contexto, devem-se privilegiar os trabalhadores e os investidores que, durante a crise econômico-financeira, assumiram os riscos e proveram a recuperanda, viabilizando a continuidade de sua atividade empresarial, sempre tendo em mente que a notícia da crise acarreta inadvertidamente a retração do mercado para a sociedade em declínio.

Realmente, tal definição, além de trazer maior segurança jurídica a esse credor/investidor da recuperação judicial, confere maior operabilidade, celeridade e eficiência, permitindo o aumento das possibilidades de acesso ao crédito e à prestação de serviço pelo devedor em crise.

Ora, "não existe comércio sem segurança jurídica e crédito. O crédito, por seu turno, requer a segurança no seu recebimento. Por isso, quanto mais tormentoso for o processo de recuperação de crédito, mais este se torna oneroso e de difícil alcance para o empresá-

rio. Sem crédito não existe comércio. Sem crédito não existe recuperação judicial. O que decorre de tudo isto é que se o empresário que apresentou o pedido de recuperação ficar sem possibilidade de obtenção de crédito seria mais oportuno que este sujeito apresentasse o requerimento de falência própria, e não de recuperação" (SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. *Tratado de direito falimentar*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 201).

6. No entanto, deve ser feita uma ressalva. Na linha do raciocínio acima traçado, os credores da empresa em recuperação necessitam de garantias para que o crédito possa fluir com maior segurança em benefício da recuperanda e para que o próprio soerguimento da empresa não fique prejudicado. Tais credores são, notadamente, os fornecedores - e, de um modo geral, credores negociais - e os trabalhadores de seu quadro, quem, efetivamente, mantêm relações jurídicas com a empresa em recuperação e contribuem para seu soerguimento.

Daí a importância de tais créditos permanecerem livres das amarras do plano de recuperação judicial. Caso contrário, não haverá quem queira celebrar contrato com a recuperanda.

Deste modo, parece que tal raciocínio não pode ser puramente aplicado a todo e qual-

quer crédito pelo só fato de ser posterior ao pedido de recuperação judicial, sob pena de completa inviabilização do cumprimento do plano. Somente aqueles credores que, efetivamente, contribuíram com a empresa recuperanda nesse delicado momento - como é o caso dos contratantes e trabalhadores - devem ser tidos como os destinatários da norma.

Assim, parece-me correto o uso do mesmo raciocínio que guia o art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005, segundo o qual mesmo os credores cujos créditos não se sujeitam ao plano de recuperação não podem expropriar bens essenciais à atividade empresarial, na mesma linha do que entendia a jurisprudência quanto ao crédito fiscal, antes do advento da Lei n. 13.043/2014.

**Vale dizer, o crédito não se sujeita ao plano de recuperação e as execuções prosseguem, mas o juízo universal deve exercer o controle sobre atos constitutivos de patrimônio, aquilatando a essencialidade do bem à atividade empresarial, no mesmo sentido que propugna a parte recorrente nas razões recursais.**

Quanto à possibilidade de controle sobre a constrição de bens, ainda que se trate de crédito excluído com base no art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005,

confira-se os seguintes julgados do STJ:

Nesse sentido:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO CARACTERIZADA. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CRÉDITO DE NATUREZA EXTRACONCURSAL. MEDIDAS DE CONSTRIÇÃO DO PATRIMÔNIO DA EMPRESA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS. 1. Os embargos de declaração objetivam sanar eventual existência de obscuridade, contradição, omissão e/ou erro material no julgado (CPC, art. 1022).

**2. Os atos de execução dos créditos promovidos contra empresas falidas ou em recuperação judicial, sob a égide do Decreto-Lei n. 7.661/45 ou da Lei n. 11.101/05, bem como os atos judiciais que envolvam o patrimônio dessas empresas, devem ser realizados pelo Juízo universal.**

**3. Ainda que o crédito exequendo tenha sido constituído anteriormente ou após o deferimento do pedido de recuperação judicial (crédito extraconcursal), a jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que, também nesse caso, o controle dos atos de constrição patrimonial deve prosseguir no Juízo da recuperação. Precedentes.**

4. Embargos de declaração acolhidos para sanar omissão

e determinar que os atos de constrição ao patrimônio da empresa em recuperação judicial devem ser submetidos ao juízo recuperacional. (EDcl no AgInt no AREsp 1416008/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/09/2019, DJe 30/09/2019)

AGRAVO INTERNO NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXECUÇÃO TRABALHISTA. PROSSEGUIMENTO. ATOS DE CONSTRIÇÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

1. O tema não é novo nesta Corte, que já firmou entendimento no sentido de que, após o deferimento da recuperação judicial, é do Juízo de falências e recuperação judicial a competência para o prosseguimento dos atos de execução relacionados a reclamações trabalhistas movidas contra a empresa.

**2. Nesses casos, a competência da Justiça do Trabalho se limita à apuração do respectivo crédito (processo de conhecimento), sendo vedada a prática, pelo citado Juízo, de qualquer ato que comprometa o patrimônio da empresa em recuperação (procedimento de execução).**

3. Agravo interno não provido. (AgInt no CC 144.592/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/10/2016, DJe 03/11/2016)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CI-

VIL. EXECUÇÃO FISCAL. SOCIEDADE EMPRESÁRIA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ATOS QUE IMPLIQUEM RESTRIÇÃO PATRIMONIAL. PENHORA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

**1. O processamento de recuperação judicial não é capaz de suspender, por si só, as execuções fiscais, embora obste a realização de atos de constrição patrimonial pelo juízo da execução fiscal.**

2. Competência do juízo universal da recuperação judicial para a realização de atos de constrição patrimonial.

3. Precedentes do STJ.

4. Recurso Especial provido. (REsp 1701330/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 14/11/2018)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. IMISSÃO DE POSSE NO JUÍZO CÍVEL. ARRESTO DE IMÓVEL NO JUÍZO TRABALHISTA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL EM CURSO. CREDOR TITULAR DA POSIÇÃO DE PROPRIETÁRIO FIDUCIÁRIO. BEM NA POSSE DO DEVEDOR. PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO.

1. Em regra, o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bem imóvel (Lei federal n. 9.514/97) não se submete aos efeitos da recuperação judicial, consoante disciplina o art. 49, § 3º, da Lei 11.101/05.

**2. Na hipótese, porém, há peculiaridade que recomen-**

**da excepcionar a regra. É que o imóvel alienado fiduciariamente, objeto da ação de imissão de posse movida pelo credor ou proprietário fiduciário, é aquele em que situada a própria planta industrial da sociedade empresária sob recuperação judicial, mostrando-se indispensável à preservação da atividade econômica da devedora, sob pena de inviabilização da empresa e dos empregos ali gerados.**

3. Em casos que se pode ter como assemelhados, em ação de busca e apreensão de bem móvel referente à alienação fiduciária, a jurisprudência desta Corte admite flexibilização à regra, permitindo que permaneça com o devedor fiduciante "bem necessário à atividade produtiva do réu" (v. REsp 250.190-SP, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, QUARTA TURMA, DJ 02/12/2002).

**4. Esse tratamento especial, que leva em conta o fato de o bem estar sendo empregado em benefício da coletividade, cumprindo sua função social (CF, arts. 5º, XXIV, e 170, III), não significa, porém, que o imóvel não possa ser entregue oportunamente ao credor fiduciário, mas sim que, em atendimento ao princípio da preservação da empresa (art. 47 da Lei 11.101/05), caberá ao Juízo da Recuperação Judicial processar e julgar a ação de imissão de posse, segundo prudente**



**avaliação própria dessa instância ordinária.**

5. Em exame de conflito de competência pode este Superior Tribunal de Justiça declarar a competência de outro Juízo ou Tribunal que não o suscitante e o suscitado. Precedentes.

6. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo da 2ª Vara Cível de Itaquaquecetuba -SP, onde é processada a recuperação judicial da sociedade empresária. (CC 110.392/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJE 22/03/2011)

PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. POSSIBILIDADE DE RESOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA POR DECISÃO MONOCRÁTICA. ART. 120, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL E RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPATIBILIZAÇÃO DAS REGRAS E PRINCÍPIOS. CONTINUIDADE DA EXECUÇÃO FISCAL. ATOS DE CONSTRIÇÃO JUDICIAL E ALIENAÇÃO DE ATIVOS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA RECUPERAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ.

1. Constatada a existência de jurisprudência dominante do Tribunal, nada obsta -e até se recomenda -que o relator decida, de plano, o conflito de competência. Aplicação do art. 120, parágrafo único, do CPC.

**2. De acordo com a pacífica jurisprudência do STJ, as execuções fiscais não se suspendem com o deferimen-**

**to da recuperação judicial, ficando, todavia, definida a competência do Juízo universal para analisar e deliberar os atos constritivos ou de alienação, ainda quando em sede de execução fiscal, desde que deferido o pedido de recuperação judicial.**

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no CC 120.642/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 22/10/2014, DJE 18/11/2014).

7. No caso em exame, a sentença que fixou os honorários foi prolatada em 27/03/2017, após o pedido de recuperação judicial, datado de 17/02/2017. Como dito, nos termos do art. 49 da Lei nº 11.101/2005, apenas os créditos existentes na data do pedido estão sujeitos à recuperação judicial. Assim, em se tratando de crédito posterior ao pleito recuperacional, os honorários não se submetem aos seus efeitos.

8. Ante o exposto, com as máximas vênias à ilustre Ministra Relatora, conheço e dou provimento ao recurso especial para reconhecer que os honorários advocatícios sucumbenciais foram constituídos após o pedido de recuperação judicial, não se submetendo aos efeitos do processo de soerguimento, ressalvando-se o controle dos atos extrajudiciais pelo juízo universal.

## RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

Cuida-se de recurso especial interposto por JMV LOCAÇÃO, COMÉRCIO E ENGENHARIA LTDA, fundamentado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional

Ação: execução de título extrajudicial (duplicatas), movida pela recorrente em face de RONTAN ELETRO METALÚRGICA LTDA -EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

Decisão: determinou a suspensão do processo executivo em razão do deferimento da recuperação judicial da recorrida.

Acórdão: deu provimento ao agravo de instrumento interposto pela recorrente, "para reconhecer a competência do Juízo da recuperação para exame do pedido de levantamento da penhora, ausente a expropriação e, neste ponto, conceder a tutela recursal para determinar a restituição à recuperanda do valor penhorado pelo credor concursal JMV, nos autos de execução individual proposta, que deverá ser cumprida independentemente do trânsito em julgado" (e-STJ fl. 4247).

Recurso especial: alega, além de dissídio jurisprudencial, violação dos arts. 49 e 59 da Lei 11.101/05 e 827, § 2º, do CPC/15. Argumenta que os honorários advocatícios sucumbenciais decorrentes de condenação havida após o pedido de recuperação judicial da devedora

não se submetem aos efeitos do processo de soerguimento, constituindo direito do credor prosseguir com a ação executiva.

Juízo de admissibilidade: o Tribunal de origem negou seguimento à irresignação, tendo sido interposto agravo da decisão denegatória, o qual foi convertido em recurso especial.

Afetação: na sessão realizada no dia 3/12/2019, a Terceira Turma decidiu, à unanimidade, afetar o presente julgamento à apreciação da Segunda Seção.

É o relatório.

## EMENTA OFICIAL

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DUPLICATAS. DESERÇÃO. INOCORRÊNCIA. DEVEDORA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. NATUREZA ALIMENTAR. EQUIPARAÇÃO A CRÉDITOS TRABALHISTAS. SUJEIÇÃO À RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

1. Execução ajuizada em 20/9/2016. Recurso especial interposto em 8/2/2018. Autos conclusos à Relatora em 22/11/2018.

2. O propósito recursal é definir se os honorários advocatícios sucumbenciais decorrentes de sentença proferida após o pedido de recuperação judi-



cial da devedora sujeitam-se ou não aos efeitos do processo de soerguimento.

3. Os honorários advocatícios, no particular, não podem ser considerados créditos existentes à data do pedido da recuperação judicial da devedora, pois somente foram constituídos posteriormente, com a prolação da sentença que os fixou.

4. Essa circunstância, todavia, não é suficiente para excluí-los automaticamente dos efeitos do processo de soerguimento da recorrida.

5. O tratamento dispensado aos honorários advocatícios - no que refere à sujeição ao plano de recuperação judicial - deve ser o mesmo conferido aos créditos de origem trabalhista, em virtude de ambos ostentarem natureza alimentar.

6. A equiparação dos créditos decorrentes de honorários advocatícios sucumbenciais aos créditos de origem trabalhista passou a constar expressamente da normatização adjetiva a partir da edição do CPC/15.

7. O Estatuto da Advocacia, diploma legal anterior à atual Lei de Falência e Recuperação de Empresas, em seu art. 24, prevê a necessidade de habilitação dos créditos decorrentes de honorários advocatícios quando se tratar de processos de execução concursal. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

## VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI (Relator):

O propósito recursal é definir se os honorários advocatícios sucumbenciais decorrentes de sentença proferida após o pedido de recuperação judicial da devedora sujeitam-se ou não aos efeitos do processo de soerguimento.

### 1. DA DESERÇÃO APONTADA EM CONTRARRAZÕES.

Ao contrário do quanto alegado pela recorrida, a apontada incorreção no preenchimento da guia de recolhimento das custas judiciais, no particular, não exige sequer a intimação da recorrente para sua adequação.

Em primeiro lugar, porque, nos termos da Res. STJ n. 2/2017 (vigente à época da interposição do especial), a obrigatoriedade no preenchimento da guia residia em indicar o nome do autor da ação ou do recorrente e o nome do réu ou recorrido, providência devidamente cumprida na espécie (e-STJ fl. 4279).

Em segundo lugar, porque, devidamente recolhida a quantia aos cofres do Tesouro, o equívoco quanto à grafia do nome da parte não impede a vinculação do preparo à presente ação, uma vez que o preenchimento correto do número do processo permite tal associação.

Ademais, tratando-se de execução de honorários advocatícios sucumbenciais, há legitimidade concorrente da parte e do respectivo advogado para discutir a questão (a título ilustrativo, confira-se o REsp 1.831.211/SP, DJe 18/10/2019), de modo que a troca do nome de um pelo do outro não causa qualquer prejuízo, seja à jurisdição, seja à parte adversa.

Fica rejeitada, assim, a preliminar de deserção suscitada pela recorrida.

## 2. DA NECESSIDADE DE AFEITAÇÃO. ENTENDIMENTOS CONFLITANTES.

A análise do tratamento que o STJ vem conferindo à questão ora controvertida - sujeição ou não do crédito de honorários advocatícios derivados de decisão proferida após o pedido de recuperação judicial a seus efeitos - sinaliza a necessidade de afetação do presente recurso especial à Segunda Seção, haja vista a existência de entendimentos conflitantes entre os órgãos fracionários que a integram, em prejuízo à segurança jurídica.

Colhe-se de pesquisa realizada junto ao sistema informatizado de jurisprudência desta Corte que, a partir do ano de 2013, os seguintes posicionamentos foram externados acerca da matéria:

Na oportunidade do julgamento do REsp 1.377.764/MS

(DJe 29/8/2013), a Terceira Turma decidiu que, por ostentar natureza alimentar, os honorários advocatícios sucumbenciais - ainda que constituídos posteriormente ao pedido de recuperação judicial do devedor - devem ser tratados da mesma forma que os créditos trabalhistas, isto é, sujeitando-se aos efeitos do processo de soerguimento.

A Quarta Turma, porém, ao apreciar a questão, manifestou entendimento no sentido da não sujeição de tais créditos aos efeitos do processo de soerguimento, incumbindo ao juízo da recuperação, apenas, exercer o controle dos atos expropriatórios na execução particular, a fim de impedir a excussão de bem essencial à atividade da recuperanda (REsp 1.298.670/MS, DJe 26/6/2015).

No âmbito da Terceira Turma, a conclusão no sentido da sujeição ao plano recuperacional da verba em questão foi mantida quando da apreciação do recurso especial 1.443.750/RS (DJe 6/12/2016).

Aproximadamente um ano depois, a Segunda Seção, ao examinar o AgInt no CC 151.639/SP (DJe 6/11/2017), decidiu no mesmo sentido da posição adotada pela Quarta Turma. Constou do acórdão que, não obstante o aludido crédito não poder integrar o plano (pois constituído posteriormente ao pedido de recupera-

ção judicial), deve ser obstada a expropriação de bens essenciais à atividade empresarial.

Seguiu-se, todavia, no âmbito da Terceira Turma, o julgamento do REsp 1.649.774/SP (DJe 15/2/2019), em que se decidiu, novamente, que, "em razão da natureza dos créditos resultantes de honorários advocatícios, que ostenta

o caráter alimentar, admite-se a equiparação destes com os créditos trabalhistas, a ensejar aos seus titulares os correspondentes privilégios fixados em lei em face de concurso de credores em geral, tal como se dá na falência e na recuperação judicial".

Quando da apreciação do AgInt no AREsp 1.381.009/MS (DJe 24/5/2019), outra vez mais a Terceira Turma confirmou a sujeição do crédito decorrente de honorários aos efeitos do processo recuperacional, reafirmando que "deve ser dispensado tratamento isonômico a verbas que ostentam a mesma afinidade ontológica, sendo possível o pedido de habilitação de crédito dos honorários advocatícios sucumbenciais constituídos após o pedido de recuperação judicial".

Contudo, verifica-se que, em 26/8/2019, a mesma Terceira Turma decidiu em sentido diverso ao que vinha decidindo, reconhecendo, de um lado, a impossibilidade de tais créditos integrem o plano e, de ou-

tro, vedando a expropriação de bens essenciais à atividade da empresa (AgInt nos EDcl no REsp 1.649.186/RS, DJe 30/8/2019).

Não se pode descurar, ainda, da existência do REsp 1.152.218/RS (Corte Especial, DJe 9/10/2014), em cujo julgamento se definiu a tese, estritamente para efeitos de habilitação em falência, de que "os créditos resultantes de honorários advocatícios têm natureza alimentar e equiparam-se aos trabalhistas".

Foi esse, portanto, o contexto que levou a Terceira Turma a afetar a matéria ao exame da Segunda Seção, a fim de evitar a prolação de decisões conflitantes e garantir tratamento isonômico àqueles submetidos à mesma situação fática.

### 3. MÉRITO. DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA E DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO DEVEDOR.

As razões do presente recurso especial veiculam a tese de que a importância em questão não deve se sujeitar aos efeitos do plano recuperacional, na medida em que se trata de créditos constituídos depois do pedido de soerguimento formulado pela devedora.

Convém anotar, acerca do tema, que o art. 49, caput, da Lei 11.101/05 (LFRE) estabelece textualmente que estão su-

jeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

Desse modo, depreende-se que a existência do crédito, em regra, é condição para se aferir a submissão ou não da quantia por ele representada aos efeitos da recuperação.

Não há dúvida, de acordo com a jurisprudência do STJ, acerca do fato de que os honorários advocatícios de sucumbência decorrentes de sentença proferida em momento posterior ao pedido de recuperação judicial do devedor não podem ser considerados créditos existentes à data do pedido, pois se constituíram justamente como corolário da derrota na demanda. É o que se pode extrair dos seguintes julgados: REsp 1.298.670/MS, Quarta Turma, DJe 26/6/2015, e REsp 1.443.750/RS, Terceira Turma, DJe 6/12/2016.

De efeito, como é sabido, honorários advocatícios sucumbenciais constituem o montante devido pela parte que restou vencida em ação judicial ao procurador de seu oponente. Vale dizer, o direito subjetivo de crédito do advogado da parte vencedora é consectário do sucesso da demanda ajuizada.

Acerca do tema, dispõe expressamente o art. 85, caput, do CPC: "a sentença condenará o vencido a pagar honorári-

os ao advogado do vencedor". Como se percebe da própria estrutura semântica dessa oração - sobretudo da carga imperativa contida na expressão a sentença condenará -, o pagamento da verba em questão é obrigação que decorre, independente de pedido da parte, da sucumbência, e não da propositura da ação.

Consoante assentado por ocasião de julgamento do REsp 886.178/RS (Corte Especial, DJe 25/2/2010), submetido ao regime do art. 543-C do CPC, "a condenação nas verbas de sucumbência decorre do fato objetivo da derrota no processo, cabendo ao juiz condenar, de ofício, a parte vencida, independentemente de provocação expressa do autor, pois se trata de pedido implícito, cujo exame decorre da lei processual civil".

O direito subjetivo aos honorários advocatícios, portanto, nasce do pronunciamento judicial. Antes disso, detém o advogado mera expectativa acerca de sua fixação, cuja incerteza que lhe é inerente traduz-se na eventualidade do êxito da demanda. Prova disso é que a verba honorária somente pode ser exigida do devedor depois de proferida a decisão que estipula seu pagamento.

A respeito do tema, valiosa a lição de Yussef Said Cahali:

Só com o provimento judicial nascem o direito e a obrigação pelas despesas. A sentença do juiz em relação às despesas é propriamente constitutiva. A sentença é sempre constitutiva no tocante à condenação em honorários, porque não certifica um direito existente a eles, mas os constitui como direito, provendo-o, ao mesmo tempo, de executoriedade.

(Honorários Advocatícios. 4ª edição, 2012, p. 81, sem destaque no original)

Diante desse cenário, impõe-se concluir que os honorários advocatícios cobrados na presente execução não consubstanciam crédito existente na data da protocolização do pedido de recuperação judicial (visto que nasceram da sentença prolatada posteriormente a ele), o que os excluiria, na hipótese de examiná-los unicamente sob este enfoque, de seus efeitos.

Todavia, há outro aspecto relevante que necessita ser sopesado para o adequado desate da lide.

A despeito do que foi até aqui exposto, é necessário rememorar que a Corte Especial deste Tribunal firmou entendimento no sentido de que os honorários advocatícios, tanto os contratualmente pactuados como os de sucumbência, possuem natureza alimentar. É o que se depreende do julga-

mento dos EREsp 724.158/PR (DJe 8/5/2008), e EREsp 706.331/PR (DJe 31/3/2008).

De outro lado, também é certo que o STJ, ao se deparar com a questão atinente à ordem de classificação dos créditos em processos de execução concursal, tem conferido aos honorários advocatícios tratamento análogo àquele dispensado aos créditos trabalhistas. Nesse sentido, confirmam-se o REsp 988.126/SP (Terceira Turma, DJe 6/5/2010) e o REsp 793.245/MG (Terceira Turma, DJ 16/4/2007). Especificamente quando se trata de processo falimentar, veja-se o REsp 1.152.218/RS (Corte Especial, DJe 9/10/2014, submetido à sistemática dos recursos repetitivos).

Essa posição da jurisprudência decorre do reconhecimento de que tanto honorários advocatícios quanto créditos de origem trabalhista constituem verbas que ostentam a mesma natureza alimentar. Como consequência dessa afinidade ontológica, impõe-se dispensar-lhes tratamento isonômico, de modo que aqueles devem seguir os ditames aplicáveis às quantias devidas em virtude da relação de trabalho.

É importante ressaltar que a verificação da existência de fatos de natureza idêntica - que, por essa razão, devem ser regulados da mesma maneira - admite que se proceda à inter-

pretação por analogia, como na espécie. Oportuno, quanto ao ponto, o ensinamento de Carlos Maximiliano:

Descoberta a razão íntima, fundamental, decisiva de um dispositivo, o processo analógico transporta-lhe o efeito e a sanção a hipóteses não previstas, se nas mesmas se encontram elementos idênticos aos que condicionam a regra positiva.  
(Hermenêutica e Aplicação do Direito, 20ª ed., p. 171).

Em suma, a natureza comum de ambos os créditos - honorários advocatícios de sucumbência e verbas trabalhistas - autoriza que sejam regidos, para efeitos de sujeição à recuperação judicial, da mesma forma.

Importa destacar que a equiparação dos créditos decorrentes de honorários advocatícios sucumbenciais aos créditos de origem trabalhista passou a constar expressamente na lei adjetiva a partir da edição do CPC/15:

Art. 85. [...].  
[...]

§ 14. Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial.

Nesse panorama, portanto, além de contrariar a literalidade do texto normativo, classificar os honorários advocatícios como importância de caráter extraconcursal no processo de soerguimento resultaria em indevida chancela de uma desigual e indesejável situação fática: por um lado, admitir-se-ia a submissão de créditos trabalhistas aos efeitos da recuperação judicial - ainda que esses fossem reconhecidos em juízo posteriormente ao seu processamento -, mas, por outro lado, não se admitiria a sujeição a esses mesmos efeitos de valores que ostentam idêntica natureza jurídica.

De se consignar, ainda, que o próprio Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906/1994), em seu art. 24, prevê a necessidade de habilitação dos créditos decorrentes de honorários quando se constatar a ocorrência de "concurso de credores, falência, liquidação extrajudicial, concordata ou insolvência civil". Trata-se de diploma legislativo anterior à publicação da Lei n. 11.101/2005, de modo que, por imperativo lógico, não se poderia exigir que vislumbrasse o destino dos valores aqui discutidos nas hipóteses de concessão de recuperação judicial.

A vista do exposto, portanto, a conclusão é de que os créditos derivados de honorários advocatícios sucumbenciais constituídos por sentença pro-

ferida posteriormente ao pedido de recuperação judicial estão sujeitos aos efeitos desta.

#### 4. CONCLUSÃO

Forte nessas razões, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso especial.

### VOTO-VOGAL

O SR. MINISTRO RAUL ARARÚJO: Sra. Presidente, penso que devemos atentar para a razão de a Lei haver ressalvado dos efeitos da recuperação os créditos constituídos após o pedido de recuperação.

A razão de ser dessa disposição é propiciar, é ajudar, é colaborar com a recuperação da sociedade empresária, a ser prestigiada na Lei que sobre o instituto dispõe.

Então, a Lei coloca a salvo do concurso, por exemplo, os créditos do operário para que o trabalhador não deixe de trabalhar para a empresa em recuperação, dando a ele a garantia de que não estará sujeito ao plano de recuperação. Do mesmo modo, para que o fornecedor não deixe de fornecer matéria-prima para a sociedade em recuperação, a Lei também coloca a salvo dos efeitos da recuperação todos os créditos constituídos posteriormente, em razão de novas relações jurídicas que vêm em benefício da recuperação, que é aquilo que a Lei quer ensejar: a recuperação da empresa em dificuldade.

Essa é a razão de ser. Para tanto, estabeleceu aí, sim, um critério objetivo de créditos constituídos após, mas desde que esses créditos estivessem ligados a essas relações jurídicas novas instituídas ou travadas a partir dali, mas sempre no interesse da recuperação.

Aqui, no caso, houve o manejo de uma execução por título extrajudicial relativa à dívida preexistente ao pedido de recuperação da sociedade empresária, a qual somente posteriormente entraria em recuperação. Nessa execução, vieram embargos pela executada, que é a sociedade agora em recuperação, mas que não estava em recuperação quando do início da ação executiva. Os embargos do devedor foram tidos como improcedentes e, claro, houve condenação em sucumbência em favor dos advogados da exequente.

Considerando que os créditos da execução eram anteriores e que os honorários sucumbenciais seriam um acessório daqueles créditos anteriormente cobrados, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo negou provimento ao agravo de instrumento. O Tribunal considerou que os honorários de sucumbência fixados nos embargos à execução, a qual era movida desde antes da recuperação, tinham a mesma natureza concursal do crédito principal, anterior à recuperação, e, corretamente,



submeteu a verba sucumbencial à recuperação. Levando em conta a natureza acessória dos honorários sucumbenciais, a Corte Paulista entendeu que esses créditos acessórios, fixados nos embargos à execução, relativos a uma execução agitada anteriormente à recuperação, têm a mesma época e a mesma natureza concursal do crédito originário, principal. A decisão merece confirmação.

A título de reforço, quero lembrar que podemos ter uma situação, por exemplo, em que numa ação de indenização por danos materiais e morais relativos a um acidente, a um evento ocorrido anteriormente à recuperação, a sentença poderá vir a ser proferida após o pedido de recuperação, mas será essa condenação ainda baseada no fato ocorrido antes da recuperação e, nesse caso, conforme o montante, poderá inviabilizar a própria recuperação. Mas isso somente ocorrerá se se levar em conta que o crédito, embora relativo aos danos material e moral preexistentes à recuperação, veio a ser constituído somente após a prolação da sentença, sendo, só por isso, posterior ao pedido de recuperação, quando, em verdade, na essência é anterior. Teremos a possibilidade de inviabilização da própria recuperação. Não é uma boa lógica.

Parece-me, portanto, que há uma razão de ser para o critério adotado na Lei, e a razão é que somente as novas relações instituídas ou continuadas a partir do pedido de recuperação pela sociedade empresária é que devem ser ressalvadas como geradoras de créditos extraconcursais. Por quê? Porque são relações benéficas para a sociedade em recuperação, permitindo sua continuidade.

Quando a Lei coloca a salvo da recuperação os créditos posteriores, é porque são relativos a quem prestou serviço ou forneceu insumos ou empréstimo em favor das operações da empresa já em recuperação.

Aqui, na hipótese sob exame, dá-se justamente o contrário. O advogado titular dos créditos sucumbenciais não prestou nenhum serviço no interesse da sociedade em recuperação. Aqui o serviço é contrário à sociedade em recuperação e teve início em momento anterior à recuperação, pois foi prestado numa execução iniciada antes e, portanto, contraria o objetivo da recuperação.

Estou, com base nas razões expostas pela eminente Relatora, nestas que trago e naquelas também adotadas pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, acompanhando a eminente Relatora com a devida vênua da divergência.



## VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Conforme bem delimitada pela Relatora, a controvérsia posta em debate consiste em saber se o crédito decorrente de honorários advocatícios sucumbenciais, reconhecidos em sentença exarada no bojo de reclamação trabalhista, proferida em data posterior à recuperação judicial da reclamada, submete-se ou não aos efeitos da recuperação judicial.

Nos termos do art. 49, *caput*, da Lei n. 11.101/2005, estão sujeitos à recuperação judicial **todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos**. Trata-se, pois, de um critério puramente objetivo que não comporta flexibilização por parte do intérprete.

Dessa disposição legal, sobressaem dois aspectos essenciais à concretude da finalidade precípua do instituto da recuperação judicial, que é propiciar, a um só tempo,

o soerguimento da empresa em crise, bem como a satisfação dos créditos.

O primeiro deles refere-se ao marco temporal. Ao preceituar que, a partir do pedido de recuperação judicial, os créditos a serem constituídos não se submeterão aos seus efeitos, a lei viabiliza que a empresa em reconhecida situação de crise continue a estabelecer novas

relações jurídicas, o que se afigura imprescindível para o prosseguimento do desenvolvimento de sua atividade. De fato, se assim não fosse, dificilmente haveria interesse, por parte de fornecedores e outros agentes do mercado, de estabelecer novos ajustes contratuais com a recuperanda, ante o notório risco de inadimplemento.

A par de viabilizar a continuidade ao desenvolvimento de sua atividade, o termo delimitador possibilita ainda que a empresa em recuperação, quando do pedido, bem mensure e determine quais são as obrigações e a sua respectiva importância econômica, a tornar possível a realização de um plano de reestruturação baseado em dados concretos. Já se pode antever o quanto se afigura pernicioso ao soerguimento da empresa incluir indevidamente na recuperação judicial créditos constituídos posteriormente ao seu pedido.

Outro aspecto relevante refere-se ao crédito propriamente dito. A lei de regência, como assinalado, reporta-se a "créditos existentes", por ocasião do pedido de recuperação judicial, "ainda que não vencidos", como sujeitos aos seus efeitos.

A noção de crédito envolve basicamente a troca de uma prestação atual por uma prestação futura. A partir de um vínculo jurídico existente entre as partes, um dos sujeitos, ba-

seado na confiança depositada em outrem (sob o aspecto subjetivo, decorrente dos predicados morais deste e/ou sob o aspecto objetivo, decorrente de sua capacidade econômico-financeira adimplir com sua obrigação), cumpre com a sua prestação (a atual), com o que passa a assumir a condição de credor, conferindo a outra parte (o devedor) um prazo para a efetivação da contraprestação. Nesses termos, o crédito se encontra constituído, independente do transcurso de prazo que o devedor tem para cumprir com a sua contraprestação. E, como visto, para efeito de submissão aos efeitos da recuperação judicial, a lei de regência reputou irrelevante a exigibilidade de crédito, desde que já constituído ao tempo do respectivo pedido.

Pois bem. Tais considerações, de ordem conceitual, são oportunas para bem evidenciar que, em princípio, a constituição de um crédito pressupõe a existência de um vínculo jurídico entre as partes e não se encontra condicionada a uma decisão judicial que simplesmente declare o crédito.

A título ilustrativo - **pois como demonstrado inicialmente o pedido de habilitação subjacente não se refere a créditos trabalhistas** -, pode-se afirmar que, no bojo de um contrato trabalhista, a partir do momento em que o

empregado presta seu labor, assume a condição de credor (em relação às correlatas verbas trabalhistas) de seu empregador, que, no final do respectivo mês, deve efetivar sua contraprestação. Uma sentença que reconheça o direito do trabalhador em relação à aludida verba trabalhista certamente não constitui este crédito, apenas o declara. E, se este crédito foi constituído em momento anterior ao pedido de recuperação judicial, aos seus efeitos se encontra submetido, inarredavelmente. Aliás, não por outra razão, a Lei n. 11.101/2005, nos §§ 1º e 2º do art. 6º, permite o prosseguimento das ações trabalhistas na própria Justiça Laboral, que decidirá as impugnações ao crédito postulado na recuperação, bem como apurará o crédito a ser inscrito quando de sua definição no quadro geral de credores, sendo possível inclusive determinar a reserva de importância que "estimar" devida na recuperação judicial. Essa questão foi, inclusive, objeto de ponderações pelos Ministros nos debates travados por ocasião do Julgamento do CC 129.720/SP, exarado pela Segunda Seção do STJ (ut voto-vista prolatado pela Ministra Maria Isabel Gallotti).

Como assinalado, em princípio, a constituição de um crédito pressupõe a existência de um vínculo jurídico entre as

partes e não se encontra condicionada a uma decisão judicial que simplesmente declare o crédito. Tal não se dá, todavia, se a sentença, condizente com a tutela jurisdicional perseguida, vier a constituir/criar uma relação jurídica até então inexistente.

É o que se dá, inarredavelmente, com o comando sentencial na parte em que arbitra os honorários advocatícios sucumbenciais em favor do advogado da parte vencedora. Não há, antes de proferida a sentença, relação jurídica entre o advogado da parte vencedora e a parte sucumbente. O direito (creditício) aos honorários advocatícios sucumbenciais surge por ocasião da prolação da sentença, como consequência do fato objetivo da derrota no processo, por imposição legal. Desse modo, a sentença, na parte em que arbitra honorários advocatícios sucumbenciais, é sempre constitutiva do direito creditício (ut REsp 886.178/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 2/12/2009, DJe 25/2/2010).

Conclui-se, assim, que o crédito decorrente de honorários advocatícios sucumbenciais constitui-se por ocasião da sentença que os reconhece, inquestionavelmente.

E, no caso dos autos, tendo aludida sentença sido proferida em data posterior ao pedi-

do de recuperação judicial, o crédito por ela constituído (honorários advocatícios sucumbenciais), na compreensão deste subscritor, não se submete aos efeitos da recuperação judicial, conforme dispõe expressa e objetivamente o art. 49, caput, da Lei n. 11.101/2005.

Em lealdade ao colegiado, tal como procedeu a relatora, é certo que a Terceira Turma do STJ, em circunstância similar à dos presentes autos - habilitação de crédito consistente em honorários advocatícios sucumbenciais oriundos de sentença prolatada em momento posterior ao pedido de recuperação judicial -, entendeu, diversamente do que ora se propõe, reconhecer a sujeição do aludido crédito aos efeitos da recuperação judicial.

O aludido julgado recebeu a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DESPEJO E COBRANÇA DE ALUGUEIS. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. NATUREZA ALIMENTAR. EQUIPARAÇÃO A CRÉDITOS TRABALHISTAS. SUJEIÇÃO À RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

**1- Os honorários advocatícios cobrados na presente ação não podem ser considerados créditos existentes à data do pedido de recuperação judicial, visto que nasceram de sentença prolatada em momento posterior. Essa circunstân-**

**cia, todavia, não é suficiente para excluí-los, automaticamente, das consequências da recuperação judicial.**

2-O tratamento dispensado aos honorários advocatícios -no que refere à sujeição aos efeitos da recuperação judicial -deve ser o mesmo conferido aos créditos de origem trabalhista, em virtude de ambos ostentarem natureza alimentar.

3-O Estatuto da Advocacia, diploma legal anterior à atual Lei de Falência e Recuperação de Empresas, em seu art. 24, prevê a necessidade de habilitação dos créditos decorrentes de honorários advocatícios quando se tratar de processos de execução concursal.

4-Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1377764/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/8/2013, DJe 29/8/2013) - sem grifo no original

De seus judiciosos fundamentos, reconheceu-se por ocasião do aludido julgado, a similitude dos créditos trabalhistas e dos honorários advocatícios, ambos de natureza alimentar, o que justificaria, em processos de execução concursal (cujo raciocínio se aplica igualmente à recuperação judicial e à falência), o mesmo tratamento no que tange à ordem de classificação dos créditos. E, como razão de decidir, entendeu-se, ainda, que a submissão do crédito (honorários

advocatícios sucumbenciais) constituído posteriormente ao pedido de recuperação judicial atenderia ao princípio do par conditio creditorium, nos seguintes termos:

[...] Vale frisar que a manutenção do entendimento do Tribunal de origem, no sentido de considerar os honorários advocatícios como importância de caráter extraconcursal, resultaria em indevida violação ao princípio do par conditio creditorium e em chancela de uma desigual e indesejável situação fática: por um lado, admitir-se-ia a submissão de créditos trabalhistas aos efeitos da recuperação judicial -ainda que esses fossem reconhecidos em juízo posteriormente ao seu processamento -, mas, por outro lado, não se admitiria a sujeição a esses mesmos efeitos que ostentam idêntica natureza jurídica.

Esclareço, de plano, que, com esteio na jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, subscrevo integralmente a compreensão de que os créditos resultantes de honorários advocatícios têm natureza alimentar e equiparam-se aos trabalhistas para efeito de habilitação em falência, na recuperação judicial, ou em execução concursal. Esse entendimento encontra-se firmado sob o rito do art. 543-C do CPC, por ocasião do julgamento do REsp 1.152.218/RS, cuja ementa ficou assim conformada:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E EMPRESARIAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FALÊNCIA. HABILITAÇÃO. CRÉDITO DE NATUREZA ALIMENTAR. ART. 24 DA LEI N. 8.906/1994. EQUIPARAÇÃO A CRÉDITO TRABALHISTA.

**1. Para efeito do art. 543-C do Código de Processo Civil:**

**1.1) Os créditos resultantes de honorários advocatícios têm natureza alimentar e equiparam-se aos trabalhistas para efeito de habilitação em falência, seja pela regência do Decreto-Lei n. 7.661/1945, seja pela forma prevista na Lei n. 11.101/2005, observado, neste último caso, o limite de valor previsto no artigo 83, inciso I, do referido Diploma legal.**

1.2) São créditos extraconcursais os honorários de advogado resultantes de trabalhos prestados à massa falida, depois do decreto de falência, nos termos dos arts. 84 e 149 da Lei n. 11.101/2005.

2. Recurso especial provido. (REsp 1152218/RS, Rel. o Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 7/5/2014, DJe 9/10/2014) - sem grifo no original

De fato, não há dúvidas de que o crédito resultante de honorários advocatícios, **uma vez submetido aos efeitos da recuperação judicial**, deve ser classificado com o mesmo privilégio legal conferido aos créditos trabalhistas.

Este, todavia, não é o caso dos autos.

Na espécie, diversamente, o crédito resultante de honorários advocatícios foi constituído posteriormente ao pedido de recuperação judicial e, como tal, por expressa disposição legal (art. 49, caput, da Lei n. 11.101/2005), não se sujeita aos efeitos da recuperação judicial.

Tampouco se antevê ofensa ao princípio do par *conditio creditorium*, o qual impõe **um tratamento igualitário aos credores de mesma classe**. Ressalta-se que este princípio tem atuação no âmbito interno do procedimento de concurso de credores. Não há como impor a sua observância em relação a um credor que simplesmente não se submete a esse concurso, sob pena de subverter todo o sistema recuperacional vertido na Lei n. 11.101/2005.

Assim, a natureza similar dos créditos sob comento (crédito trabalhista e crédito resultante de honorários advocatícios sucumbenciais) - que de modo algum se nega - não tem o condão, por si, de inserir os respectivos titulares na mesma posição jurídica, se, ante a distinção do momento em que foram constituídos, um deles não se submete ao regime concursal.

No ponto, releva consignar **inexistir qualquer relação de acessoriedade** entre o cré-

dito trabalhista declarado na sentença trabalhista de titularidade do empregado, e aquele constituído na mesma decisão judicial de titularidade do advogado. **São créditos autônomos entre si, cada qual constituído em momentos distintos.**

Por essa razão, não se trata de conferir tratamento benéfico em relação a um credor, em detrimento do outro, se ambos não se encontram na mesma posição jurídica, a considerar a disparidade do momento em que se deu a constituição de cada crédito em cotejo com a data do pedido de recuperação judicial. Definitivamente, não.

Cuida-se, tão somente, de aplicar o comando legal, que se vale de um critério absolutamente objetivo e temporal, cuja observância é essencial, nos termos acima delineados, para a consecução de um plano de reestruturação baseado em dados concretos e para permitir que a recuperanda tenha condições de continuar a desenvolver sua atividade econômica após o pedido de recuperação judicial.

Tem-se, com a vênua daqueles que pensam de modo diverso, que esse critério objetivo traçado pela lei não comporta ampliação pelo intérprete.

Nesse sentido, posicionou-se a Quarta Turma do STJ, também como assinalou a relatora:

DIREITO EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CRÉDITO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS POSTERIOR AO PEDIDO. NÃO SUJEIÇÃO AO PLANO DE RECUPERAÇÃO E A SEUS EFEITOS. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO NO JUÍZO COMUM. RESSALVA QUANTO A ATOS DE ALIENAÇÃO OU CONSTRIÇÃO PATRIMONIAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO UNIVERSAL. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA.

1. Os créditos constituídos depois de ter o devedor ingressado com o pedido de recuperação judicial estão excluídos do plano e de seus efeitos (art. 49, caput, da Lei n. 11.101/2005). Isso porque, "se assim não fosse, o devedor não conseguiria mais acesso nenhum a crédito comercial ou bancário, inviabilizando-se o objetivo da recuperação" (COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.191).

2. Nesse diapasão, devem-se privilegiar os trabalhadores e os investidores que, durante a crise econômico-financeira, assumiram os riscos e proveram a recuperanda, viabilizando a continuidade de sua atividade empresarial, sempre tendo em mente que a notícia da crise acarreta inadvertidamente a retração do mercado para a sociedade em declínio.

3. Todavia, tal raciocínio deve ser aplicado apenas a credores que efetivamente contribuíram para o soerguimento da empresa recuperanda no período posterior ao pedido de re-



cuperação judicial - notadamente os credores negociais, fornecedores e trabalhadores. Não é o caso, por exemplo, de credores de honorários advocatícios de sucumbência, que são resultantes de processos nos quais a empresa em recuperação ficou vencida. A bem da verdade, são créditos oriundos de trabalhos prestados em desfavor da empresa, os quais, muito embora de elevadíssima virtude, não se equiparam -ao menos para o propósito de soerguimento empresarial -a credores negociais ou trabalhistas.

4. Com efeito, embora o crédito de honorários advocatícios sucumbenciais surgido posteriormente ao pedido de recuperação não possa integrar o plano, pois vulnera a literalidade da Lei n.11.101/2005, há de ser usado o mesmo raciocínio que guia o art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005, segundo o qual mesmo os credores cujos créditos não se sujeitam ao plano de recuperação não podem expropriar bens essenciais à atividade empresarial, na mesma linha do que entendia a jurisprudência quanto ao crédito fiscal, antes do advento da Lei n. 13.043/2014.

5. Assim, tal crédito não se sujeita ao plano de recuperação e as execuções prosseguem, mas o juízo universal deve exercer o controle sobre atos de constrição ou expropriação patrimonial, aquilatando a essencialidade do bem à atividade empresarial.

6. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1298670/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 26/06/2015)

Assim, no âmbito deste colegiado ampliado, seara adequada para a uniformização dos entendimentos divergentes das Turmas integrantes da Seção de Direito Privado, reitero meu posicionamento sobre a questão, vencido por ocasião do julgamento do Resp 1.443.750/RS, alinhado, contudo, com o da Quarta Turma do STJ, acima referido.

Em arremate, pedindo-se vênia à relatora, Ministra Nancy Andrighi, dou provimento ao recurso especial para excluir dos efeitos da recuperação judicial os créditos derivados de honorários advocatícios sucumbenciais constituídos por sentença proferida após o pedido de recuperação judicial.

É o voto.

### **CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA SEÇÃO**

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto da Sra. Ministra Relatora negando provimento ao recurso especial, abriu divergência o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão, e a Seção, por maioria, deu provimento ao recurso especial, nos termos do

voto da Sr. Ministro Luis Felipe Salomão, que lavrará o acórdão.

Votaram com o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro. Vencidos os Srs. Ministros Nancy Andrichi (Relatora), Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino e Ricardo Villas Bôas Cueva. Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti.



# Superior Tribunal de Justiça

**Direito Bancário. Encargos financeiros. Percentual sobre o CDI. Ausência de abusividade das cláusulas contratuais.<sup>1</sup>**

## EMENTA OFICIAL

RECURSO ESPECIAL. DIREITO BANCÁRIO. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO. ENCARGOS FINANCEIROS. FIXAÇÃO. PERCENTUAL SOBRE O CDI. POSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 176/STJ. INAPLICABILIDADE.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

2. Ação revisional de contrato bancário na qual se discute se é ou não admissível a estipulação dos encargos financeiros de contrato de abertura de crédito em percentual sobre a taxa média aplicável aos Certificados de Depósitos Interbancários (CDIs), à luz do disposto na Súmula nº 176/STJ.

3. De acordo com as normas aplicáveis às operações ativas e passivas de que trata a Resolução nº 1.143/1986, do Conselho Monetário Nacional, não há óbice em se adotar as taxas de juros praticadas nas operações de depósitos interfinan-

ceiros como base para o reajuste periódico das taxas flutuantes, desde que calculadas com regularidade e amplamente divulgadas ao público.

4. O depósito interfinanceiro (DI) é o instrumento por meio do qual ocorre a troca de recursos exclusivamente entre instituições financeiras, de forma a conferir maior liquidez ao mercado bancário e permitir que as instituições que têm recursos sobrando possam emprestar àquelas que estão em posição deficitária.

5. Nos depósitos interbancários, como em qualquer outro tipo de empréstimo, a instituição tomadora paga juros à instituição emitente. A denominada Taxa CDI, ou simplesmente DI, é calculada com base nas taxas aplicadas em tais operações, refletindo, portanto, o custo de captação de moeda suportado pelos bancos.

6. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que é potestativa a cláusula que deixa ao arbítrio das instituições finan-

<sup>1</sup> Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1910387&num\\_registro=201803108760&data=20200220&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1910387&num_registro=201803108760&data=20200220&formato=PDF)>.

ceiras, ou associação de classe que as representa, o cálculo dos encargos cobrados nos contratos bancários.

7. Não é potestativa a cláusula que estipula os encargos financeiros de contrato de abertura de crédito em percentual sobre a taxa média aplicável aos Certificados de Depósitos Interbancários (CDIs), visto que tal indexador é definido pelo mercado, a partir das oscilações econômico-financeiras, não se sujeitando a manipulações que possam atender aos interesses das instituições financeiras.

8. Eventual abusividade deve ser verificada no julgamento do caso concreto em função do percentual fixado pela instituição financeira, comparado às taxas médias de mercado regularmente divulgadas pelo Banco Central do Brasil para as operações de mesma espécie, conforme decidido em precedentes desta Corte julgados sob o rito dos recursos repetitivos, o que não se verifica na espécie.

9. Recurso especial provido.

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro (Presidente),

Nancy Andrighi e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 11 de fevereiro de 2020 (Data do Julgamento).

Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Relator.

REsp 1.781.959. DJe 20/02/2020.

### RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator):

Trata-se de recurso especial interposto por BANCO DO BRASIL S.A., com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina assim ementado:

"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REVISÃO. CONTRATOS DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE DO TIPO CHEQUE ESPECIAL, DE CRÉDITO FIXO, DE EMPRÉSTIMO PARA CAPITAL DE GIRO E DE DESCONTO DE TÍTULOS E CÉDULAS DE CRÉDITO BANCÁRIO E INDUSTRIAL. AUTOS QUE VIERAM ACOMPANHADOS DE CONTRATOS DE CHEQUE ESPECIAL, DE CRÉDITO FIXO, DE EMPRÉSTIMO PARA CAPITAL DE GIRO E DE CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL. MUTUÁRIOS QUE, INSTADOS PARA SE MANIFESTAREM A RESPEITO DA SUFICIÊNCIA DOS DOCUMENTOS APRESENTADOS, MOSTRARAM-SE

SATISFEITOS. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL NA REVISÃO DOS CONTRATOS NÃO EXIBIDOS. JUROS REMUNERATÓRIOS. ENUNCIADO N. I DO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL. OBSERVÂNCIA, COMO CRITÉRIO PARA A AFERIÇÃO DA ABUSIVIDADE, AINDA QUE NÃO TENHA SIDO INFORMADA A TAXA PRATICADA, DAQUELA QUE É DIVULGADA PELO BANCO CENTRAL COMO SENDO A MÉDIA DE MERCADO, CONTANTO QUE INFERIOR À EXIGIDA. **INVIABILIDADE DA UTILIZAÇÃO DO CERTIFICADO DE DEPÓSITO INTERBANCÁRIO (CDI) COMO ENCARGO REMUNERATÓRIO DO CONTRATO. SÚMULA N. 176 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. LIMITAÇÃO, TAMBÉM, À TAXA MÉDIA DE MERCADO INFORMADA PELA AUTORIDADE MONETÁRIA NACIONAL, SE INFERIOR À EXIGIDA. PRECEDENTE DA CÂMARA. TAXA DE JUROS DE LONGO PRAZO (TJLP). COBRANÇA QUE É PERMITIDA, PORQUE PACTUADA. ENUNCIADO N. VI DO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL E SÚMULA N. 288 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM OS JUROS REMUNERATÓRIOS SE, AINDA ASSIM, MOSTROU-SE INFERIOR À TAXA MÉDIA DE MERCADO DIVULGADA PELO BANCO CENTRAL, O PARÂMETRO ELEITO NAS RAZÕES DO RECURSO. CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS. POSSIBILIDADE DA EXIGÊNCIA NOS CONTRATOS EM QUE**

O PACTO EXPRESSO FOI DEMONSTRADO, A TANTO EQUIVALENDO PREVISÃO NO CONTRATO DE TAXA DE JUROS ANUAL SUPERIOR AO DUODÉCUPLO DA MENSAL. RECURSO ESPECIAL N. 973.827/RS, SUBMETIDO AO RITO DO ARTIGO 1.036 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015, E SÚMULA N. 541 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ENCARGOS DA INADIMPLÊNCIA. ENUNCIADO N. III DO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL, RECURSO ESPECIAL N. 1.058.114/RS, SUBMETIDO AO RITO DO ARTIGO 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. IMPUGNAÇÃO GÊNÉRICA À EXIGÊNCIA DE 'TAXAS E TARIFAS'. INVIABILIDADE. NECESSIDADE DA IDENTIFICAÇÃO DE CADA TARIFA ADMINISTRATIVA E DA DEMONSTRAÇÃO DA ABUSIVIDADE NO CASO CONCRETO. MANUTENÇÃO DOS ENCARGOS EXIGIDOS NO PERÍODO DA NORMALIDADE QUE INVIABILIZA A DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA. COBRANÇA DE ENCARGO DA NORMALIDADE ABUSIVO E INVIABILIDADE DO DEPÓSITO EM JUÍZO DO VALOR INCONTROVERSO QUE AFASTA A MORA NO CONTRATO DE CHEQUE ESPECIAL. EXPEDIÇÃO DE ORDEM PARA IMPEDIR A INSCRIÇÃO DO NOME DOS MUTUÁRIOS NOS CADASTROS RESTRIATIVOS AO CRÉDITO QUE SE AFIGURA VIÁVEL APENAS PARA O CONTRATO DE CHEQUE ESPECIAL E AQUELE OUTRO EM QUE A MORA FOI DESCARACTERIZADA NA SENTEN-

ÇA. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL QUE NÃO PERMITE A COMPREENSÃO DO QUANTUM DEBEATUR, ASSIM DISPENSANDO OS MUTUÁRIOS DE DEPOSITAREM O VALOR INCONTROVERSO OU DE PRESTAREM CAUÇÃO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA E PROPORCIONAL. ARTIGO 86, 'CAPUT', DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015, OBSERVADO O DISPOSTO NO § 14 DO SEU ARTIGO 85. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS PELO TRABALHO REALIZADO EM GRAU DE RECURSO. ARTIGO 85, § 11, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. RECURSO PROVIDO EM PARTE" (e-STJ fls. 2.925-2.926 - grifou-se).

Em suas razões recursais (e-STJ fls. 2.979-3.000), o recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 1.022 do Código de Processo Civil de 2015, 10, VI, da Lei nº 4.595/1964 e 169 e 884 do Código Civil.

Afirma, em síntese, que: a) o ordenamento jurídico permite a utilização do CDI como parâmetro para remunerar o capital emprestado (juros remuneratórios), especialmente em contratos de crédito fixo, que não se confundem com as cédulas de crédito rural, industrial e comercial; b) não foram sanados os vícios indicados nos embargos de declaração opostos na origem e, c) sendo mantida a nulidade da cláusula que estipulou os encargos do contrato com base no CDI,

não se pode simplesmente determinar a aplicação da taxa média de mercado ou aquela cuja nulidade foi reconhecida, se for mais baixa.

Apresentadas as contrarrazões (e-STJ fls. 3.025-3.028), e admitido o recurso na origem, subiram os autos a esta Corte Superior.

Em despacho proferido às fls. XXX (e-STJ), deferiu-se o ingresso da FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE ASSOCIAÇÕES DE BANCOS - FEBRABAN - na condição de *amicus curiae*.

É o relatório.

## VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA (Relator):

O acórdão impugnado pelo recurso especial foi publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ).

Assiste razão ao recorrente.

Em demanda revisional de contratos bancários, discute-se, no recurso especial, se é ou não admissível a estipulação dos encargos financeiros de contrato de abertura de crédito em percentual sobre a taxa média aplicável aos Certificados de Depósitos Interbancários (CDIs), à luz do disposto na Súmula nº 176/STJ, que assim preceitua: "*É nula a cláusula contratual que sujeita o devedor a taxa de juros divulgada pela ANBID/CETIP.*"

Invocando o teor do referido enunciado sumular, o Tribunal de origem considerou ilegal a utilização do mencionado critério nos termos da fundamentação a seguir transcrita:

"(...)

No contrato de abertura de crédito fixo n. 054.005.179, por sua vez, foi prevista a incidência de **'encargos financeiros correspondentes a 180 (cento e oitenta) por cento da taxa média dos Certificados de Depósitos Inter-bancários (CDI)'**, sendo entendido por 'CDI', **'a taxa média dos Certificados de Depósitos Interbancários, divulgada pela Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos (CETIP)'** (cláusula segunda, fl. 32). O Certificado de Depósito Interbancário (CDI), contudo, **por que é divulgado pela CETIP, não pode ser utilizado como encargo remuneratório do contrato**, conforme a orientação contida na **súmula n. 176 do Superior Tribunal de Justiça**: 'É nula a cláusula contratual que sujeita o devedor a taxa de juros divulgada pela ANBID/CETIP'.

Assim, os 'encargos financeiros' previstos neste contrato estão limitados à taxa média de mercado divulgada pela autoridade monetária nacional (aplicase a Tabela X), desde que inferior à exigida (prevalece a que for menor), conforme vem sendo decidido na Câmara: apelação cível n. 2016.021859-6, de

Orleans, de minha relatoria, j. em 12.5.2016" (e-STJ fl. 2.936 - grifou-se).

Antes de examinar a pretensão recursal, é importante compreender em que contexto foi editada a Súmula nº 176/STJ. Para tanto, cabe analisar os precedentes que lhe deram origem.

No primeiro deles, a Quarta Turma desta Corte Superior, ao julgar recurso especial interposto nos autos de ação de nulidade de cláusulas contratuais insertas em nota de crédito rural, sob a relatoria do saudoso Ministro Ruy Rosado de Aguiar, conferiu o seguinte tratamento à matéria:

"(...)

Compete privativamente ao Conselho Monetário Nacional 'disciplinar o crédito em todas as suas modalidades e as operações creditícias em todas as suas formas' (inciso VI) e 'limitar, sempre que necessário, as 'taxas de juros, descontos, comissões e qualquer outra forma de remuneração de operações e serviços bancários ou financeiros' (inciso IX), conforme está expresso no artigo 4º da Lei 4.595/64.

Foi no exercício dessa competência que o Conselho Monetário expediu a Resolução nº 1.143, de 26 de junho de 1986, para:

'I - autorizar as instituições financeiras a realizar operações ativas e passivas a **taxas flutuantes** (variá-

veis), que poderão ser **reajustadas em períodos fixos**, desde que tais operações tenham prazo igual ou superior a 180 dias'.

Pelo mesmo diploma, ficou o **Banco Central do Brasil** autorizado a:

'IV -b) **fixar parâmetro para base do reajuste periódico das taxas** de que trata o item 1 desta Resolução'.

No desempenho da função à qual estava autorizado, o Banco Central expediu a Circular 1.047, de 9 de julho de 1986, cujo artigo 3º tem a seguinte redação:

'3. Para efeito do disposto na alínea 'b', do item IV, da Resolução nº 1.143/86, **é facultada a utilização da taxa média de captação por Certificados de Depósitos Bancários**, com prazo de 60 (sessenta) dias, **apurada por este Banco Central e divulgada por entidade por ele credenciada, ou de outra taxa referencial de fácil aferição e de conhecimento público**'.

Como se vê, a **taxa variável somente pode ser fixada pelo Banco Central**, conforme delegação recebida do Conselho Monetário Nacional. **A disposição dúbia constante do final do artigo 3º, da Circular nº 1.047/86, deve ser entendida como uma outra taxa também fixada pelo mesmo Banco Central, pois não se concebe estivesse ele abrindo mão da autorização delegada pelo Conselho Mo-**

**netário Nacional, e, muito menos, entregando-a a uma entidade interessada nos resultados da fixação dos valores dos encargos financeiros.**

Portanto, o acórdão que recusa aceitação à cláusula contratual que atribui à Associação Nacional dos Bancos de Investimentos e Desenvolvimento (ANBID) e à Central de Liquidação e Custódia de Títulos Privados (CETIP) a estipulação da **taxa variável dos encargos financeiros dos empréstimos bancários**, especialmente da nota de crédito rural, concedida a título de amparo ao pequeno agricultor, fez a exata aplicação das normas que regem o sistema" (REsp 46.746/SC, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 20/9/1994, DJ 31/10/1994 - grifou-se).

No REsp nº 28.599/MG, julgado sob a relatoria do igualmente saudoso Ministro Sálvio de Figueiredo, o órgão julgador considerou inadmissíveis "(...) as estipulações contratuais que prevejam **encargos financeiros vinculados a taxas ou índices sobre cuja aferição uma das partes contratantes exerça, em maior ou menor medida, influência, ingerência**". A hipótese tratava de ação declaratória de nulidade de cláusula referente à forma de reajuste de prestações em contrato de arrendamento mercantil.



No julgamento de todos os demais precedentes que deram origem à Súmula nº 176/STJ, o órgão julgador limitou-se a reproduzir os mesmos fundamentos adotados nos precedentes acima destacados para reconhecer, de maneira genérica, a impossibilidade de aplicação da taxa de juros divulgada pela ANBID/CETIP em contratos bancários.

Da análise dos aludidos precedentes, constata-se **que 2 (dois) foram os principais fundamentos** para esta Corte Superior ter assim decidido: **i) o fato de que as normas de regência dispunham expressamente que a taxa variável somente poderia ser fixada pelo Banco Central do Brasil e ii) o caráter potestativo da referida taxa, calculada por entidade voltada à defesa dos interesses das instituições financeiras** (Associação Nacional dos Bancos de Investimentos e Desenvolvimento - ANBID).

Quanto ao primeiro fundamento, cumpre ressaltar, de início, que a normatização vigente à época, com a devida vênia, não dispunha que a taxa variável somente poderia ser fixada pelo Banco Central do Brasil, tal como decidido, senão que incumbia à referida autarquia "fixar parâmetro para base do reajuste periódico das taxas".

Atualmente, as operações bancárias contratadas no mercado financeiro a taxas flutu-

antes permanecem sob a mesma disciplina da Resolução nº 1.143/1986, do Conselho Monetário Nacional, ora transcrita na íntegra:

"O BANCO CENTRAL DO BRASIL, na forma do art. 9º da Lei nº 4.595, de 31.12.64, torna público que o CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL, em sessão realizada em 26.06.86, tendo em vista o disposto no art. 4º, incisos VI e IX, da referida Lei, no art. 1º da Lei nº 4.728, de 14.07.65, no art. 23 da Lei nº 6.099, de 12.09.74, no art. 7º, § 2º, do Decreto-lei nº 1.641, de 07.12.78, e no art. 43, inciso I, da Lei nº 7.450, de 23.12.85, RESOLVE U:

**I - Autorizar as instituições financeiras a realizar operações ativas e passivas a taxas flutuantes (variáveis)**, que poderão ser reajustadas em períodos fixos, desde que tais operações tenham prazo igual ou superior a 180 (cento e oitenta) dias.

**II - As operações a taxas flutuantes far-se-ão de acordo com o estabelecido nesta Resolução e em normas complementares que forem baixadas pelo Banco Central.**

III - O disposto no item I deste normativo poderá ser aplicável:

- a) às debêntures de qualquer natureza;
- b) às operações de arrendamento mercantil, desde que respeitado o prazo mínimo fixado na regulamentação específica para sua realização.

**IV - O Banco Central do Brasil fica autorizado a adotar as seguintes providências:**

a) estabelecer prazo mínimo para os reajustes periódicos de taxas;

**b) fixar parâmetro para base do reajuste periódico das taxas de que trata o item I desta Resolução;**

c) alterar o prazo referido no item I desta Resolução;

d) estabelecer outras medidas necessárias à execução do disposto nesta Resolução.

V - À captação de recursos, na forma prevista nesta Resolução, aplicar-se-á o disposto nos itens I e II da Resolução nº 1.105, de 04.03.86.

VI - Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação." (grifou-se)

De acordo com a referida norma, **compete ao Banco Central do Brasil a fixação do parâmetro de reajuste periódico das taxas flutuantes nas operações ativas e passivas realizadas por instituições financeiras, o que não se confunde com a fixação da própria taxa.**

Esse parâmetro, **que passou por sensíveis mudanças** ao longo dos anos, foi inicialmente fixado pela Circular nº 1.047, de 9/7/1986, que assim dispunha:

"(...)

Para efeito do disposto na alínea 'b' do item IV da Resolução nº 1.143/86, é facultada a utilização da **taxa média de captação por Certificados de Depósitos Bancários**, com prazo de 60 (sessenta)

dias, **apurada por este Banco Central** e divulgada por entidade por ele credenciada, ou de outra taxa referencial de fácil aferição e de conhecimento público."

Semelhante redação foi adotada nas Circulares nºs 1.493 e 1.498, ambas de 1989, estabelecendo como parâmetro de reajuste periódico das taxas flutuantes a taxa média de captação por Certificados de Depósitos Bancários, apurada pelo próprio Banco Central, ou outra taxa referencial de fácil aferição e de conhecimento público.

A redação adotada na Circular nº 1.978, de 26/6/1991, na parte que veda "(...) **a utilização, a qualquer título, como indexador ou base de remuneração, de indicadores obtidos a partir das taxas de juros praticadas nas operações de depósitos interfinanceiros**" (art. 5, I), serviria de reforço ao entendimento manifestado no acórdão recorrido.

No entanto, **a partir de abril de 1992, o Banco Central do Brasil passou a admitir, gradualmente, a utilização das taxas praticadas nos depósitos interfinanceiros como referencial para as operações de crédito contratadas a taxas flutuantes**, conforme se verifica da Circular nº 2.167/1992:

"Art. 1º. **Facultar a utilização, como referencial, em opera-**



**ções de crédito e de arrendamento mercantil contratadas a taxas flutuantes nos termos da Resolução nº 1.143, de 26.06.86, de indicador obtido a partir das taxas de juros praticadas no mercado interfinanceiro para depósitos com prazo de 30 (trinta) dias.**

Parágrafo 1º. **Permanece vedada a utilização, como referencial, de quaisquer outros indicadores obtidos a partir das taxas de juros praticadas no mercado de depósitos interfinanceiros.**

Parágrafo 2º. Deverão ser observados nas operações contratadas a taxas flutuantes os prazos mínimos previstos no art. 3º da Circular nº 1.978, de 26.06.91."

**Nos atos normativos seguintes**, mantendo a tendência de admitir a utilização das taxas praticadas nos depósitos interfinanceiros, ou interbancários, como parâmetro de reajuste periódico das taxas flutuantes, **o Banco Central do Brasil limitou-se a consignar que a taxa referencial deveria ser regularmente calculada, de conhecimento público** e baseada em operações contratadas a taxas de mercado prefixadas, com prazo não inferior ao período de reajuste estipulado contratualmente (Circulares nºs 2.216/1992, 2.436/1994 e 2.905/1999).

Registra-se, por oportuno, que eventuais dúvidas quanto ao mandamento da Circular nº

2.167/1992 foram refutadas pelo conteúdo da Carta-Circular nº 2.319, de 15 de setembro de 1992, assim redigida:

"(...)

Esclarecemos que o comando do art. 2º da Circular n. 2.216, de 19.08.92, não implica revigoração do item I do art. 5º da Circular n. 1.978, de 26.06.91, revogado pela Circular n. 2.167, de 29.04.92, **podendo a taxa referencial de operações contratadas a taxas flutuantes se basear em taxas praticadas no mercado de depósitos interfinanceiros**, nas condições estipuladas na citada Circular n. 2.216/92." (grifou-se)

Conclui-se, desse modo, que **a partir da edição da Circular nº 2.216, de 19 de agosto de 1992**, já não mais subsistia, ao menos sob a disciplina das normas específicas aplicáveis à matéria, nenhum óbice em se adotar **as taxas de juros praticadas nas operações de depósitos interfinanceiros** como base para o reajuste periódico das taxas flutuantes de que trata a Resolução nº 1.143/1986, **desde que calculadas com regularidade e amplamente divulgadas ao público.**

Diante desse cenário, as instituições financeiras passaram a estipular os encargos financeiros de determinados contratos bancários em **percentual sobre a taxa média dos Certificados de Depósitos Inter-**

**bancários (CDIs)**, justamente porque tal medida atendia ao parâmetro estabelecido pelo Banco Central do Brasil - taxa regularmente calculada e de conhecimento público.

Resta saber se a adoção da referida taxa, por si só, é prejudicial aos interesses dos tomadores de empréstimos, inclusive à luz das normas consumeristas, considerando os termos da Súmula nº 297/STJ: "*O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.*"

Isso porque a orientação cristalizada na Súmula nº 176/STJ, conforme já salientado, também estava amparada no entendimento de que a taxa ANBID era calculada por entidade voltada à defesa dos interesses das instituições financeiras, a revelar, segundo o entendimento firmado naquela oportunidade, o seu caráter potestativo.

Impõe-se, desse modo, apurar a forma como a taxa média dos Certificados de Depósitos Interbancários (CDIs) é calculada, a natureza do ente que promove esse cálculo e os fins a que ela se destina.

Para melhor compreensão da matéria, cumpre tecer, inicialmente, algumas considerações a respeito das operações no mercado interfinanceiro, sua dinâmica e suas particularidades.

De acordo com as regras editadas pelo Banco Central do

Brasil, os bancos devem necessariamente encerrar o dia com saldo positivo em caixa. Caso determinado ente bancário esteja com saldo negativo ao se aproximar do fechamento diário, deve recorrer a dinheiro emprestado de outras instituições financeiras.

A função do mercado interfinanceiro ou interbancário, portanto, é a de transferir recursos entre instituições financeiras, dando liquidez ao mercado bancário, e permitir que as instituições que têm recursos sobrando possam emprestar àquelas que estão em posição deficitária. Nesse mercado, as instituições financeiras tanto podem atuar como tomadoras, quanto como fornecedoras de recursos.

O instrumento por meio do qual ocorre a troca de recursos exclusivamente entre instituições financeiras denomina-se Depósito Interfinanceiro (DI). O Manual de Títulos e Valores Imobiliários do Banco Central do Brasil assim o define:

"Instrumento financeiro ou valor mobiliário destinado a possibilitar a troca de reservas entre as instituições financeiras." (Manual de títulos e valores mobiliários. 4. ed., Brasília: 1997, pág. 48)

O título que lastreia essas operações no mercado interbancário é o Certificado de Depósito Interfinanceiro (CDI),

a despeito de não haver propriamente a emissão de um certificado, visto que os depósitos interfinanceiros, por imposição do Banco Central, são registrados e liquidados eletronicamente em **sistema de registro e liquidação financeira de ativos autorizado pelo Banco Central do Brasil** (art. 1º, II, da Resolução CMN nº 3.399/2006).

Entre tantas outras atribuições, **incumbe à Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos (CETIP) o registro e a liquidação financeira dos depósitos interfinanceiros**, nos termos da Circular nº 2.190, de 26/6/1992, que assim dispunha em sua redação originária:

"Art. 7º As operações de depósitos interfinanceiros deverão ser registradas e liquidadas financeiramente por intermédio do sistema de registro e de liquidação financeira de títulos, **administrado pela Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos (CETIP)**." (grifou-se)

Com a alteração promovida pela Circular nº 3.126, de 12/6/2002, o referido ato normativo passou a dispor o seguinte:

"Art. 7º As operações de depósitos interfinanceiros devem ser registradas e liquidadas financeiramente em **sistema de registro e de liquidação financeira de ativos autori-**

**zados pelo Banco Central do Brasil ou no Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic)**." (grifou-se)

A respeito das atividades desempenhadas pela Central de Custódia e de Liquidação Financeira de Títulos (CETIP) - **atualmente incorporada por B3 S.A. -Brasil, Bolsa, Balcão** -, vale conferir os esclarecimentos trazidos em artigo publicado na internet, de autoria de Tiago Reis, que, além de enumerar as diversas transformações verificadas desde a criação da CETIP, expõe de que maneira se dá a sua relação com o CDI:

"(...)

A Central de Custódia e Liquidação Financeira de Títulos Privados, conhecida pela sigla CETIP, é a **instituição privada** responsável por **processar, registrar, guardar e liquidar** os títulos financeiros privados do mercado.

Parte integrante do Sistema Brasileiro de Pagamentos, a CETIP executa o papel de clearing (câmara de liquidação e custódia) do mercado brasileiro de títulos.

Assim, ela exerce uma parte fundamental, oferecendo infraestrutura e tecnologia essenciais para o funcionamento eficiente do mercado. Diversas operações como aplicações em ativos, financiamento de veículos, créditos imobiliário, entre outras, também transitam pela empresa.

**A CETIP foi criada em conjunto pelas instituições financeiras do país em 1984. Porém, suas atividades só começaram em 1986. Inicialmente, a Central não tinha fins lucrativos. No entanto, em 2008 com a abertura de capital, a CETIP deixou de ser uma entidade sem fins lucrativos para se tornar uma sociedade por ações. Em março de 2017, a CETIP se juntou à BM&FBovespa formando, assim, a B3, quinta maior Bolsa de Valores, em termos de valor de mercado, do mundo. É importante ressaltar, no entanto, que apesar da fusão, a CETIP manteve todas as suas atividades.** Com o progresso de suas atividades a CETIP se tornou a maior câmara de ativos privados do Brasil. Também é a depositária de títulos de renda fixa privada com maior volume da América Latina, movimentando mais de R\$ 2 trilhões por ano.  
(...)

**A finalidade da CETIP é garantir que os títulos e ativos privados sejam negociados com total confiabilidade e eficiência.** Antes de sua criação todas movimentações e liquidações financeiras eram realizadas pessoalmente. Nesse cenário, os títulos eram emitidos em papel e as liquidações financeiras ocorriam por meio de cheques. Diante deste ambiente ineficaz surgiu, por parte das instituições financeiras, a necessidade de criar uma entidade capaz de aumentar a eficiência de suas

operações. Assim, cumprindo o objetivo proposto na sua criação, a **CETIP executa o papel de centralizador de operações, atuando para que a emissão e compra dos títulos privados funcionem da forma mais prática e segura possível.**

Ao efetuar um TED para uma conta bancária, por exemplo, a operação é toda processada pela CETIP. Com isso, se tem a garantia que o dinheiro irá de um correntista para outro com total segurança, sem que a quantia seja 'perdida' no caminho. Dessa maneira, a entidade traz benefícios para empresas do segmento financeiro e também para as pessoas que negociam com essas instituições. Ao todo são mais de 17 mil empresas entre clientes e outros participantes.

**As atividades da CETIP são regulamentadas pela Comissão de Valores Mobiliários CVM, autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda.** O principal objetivo da CVM é impor normas, fiscalizar e supervisionar todo o Sistema Financeiro Nacional - SFN. **Além disso, todas as atividades da empresa também são fiscalizadas pelo Banco Central do Brasil.** Por fim, a CETIP conta também com um estrutura completa de autorregulação, cujo objetivo é supervisionar e fiscalizar suas operações e atividades. Por fim, é importante destacar a **CETIP atua, ainda, como responsável por calcular a taxa DI CETIP, amplamente conhecida no**

**mercado como CDI ou índice DI.**

(...)

A taxa DI, também chamada de índice CDI, é um indicador muito presente na vida dos investidores, pois ela é usada como referencial de rentabilidade para diversos produtos da renda fixa - como CDBs, LCI, LCA e outros.

Em geral a taxa DI acompanha de perto a [taxa] básica de juros da economia, taxa Selic. Porém, **ao contrário da Selic que é definida pelo Banco Central, o índice DI é resultado de operações de empréstimo entre bancos.**

Segundo regras definidas para manter o sistema financeiro estável e saudável, os bancos não podem fechar o dia com saldo negativo. Quando isso ocorre, eles precisam recorrer a empréstimos junto a outros bancos que têm sobras no caixa.

Essas transações, realizadas apenas entre bancos, podem ocorrer de duas maneiras: por meio dos DIs - Depósitos Interbancário ou através das operações compromissadas.

No primeiro cenário, quando um banco precisa de um empréstimo, emite um título de renda fixa: o CDI. Esse título é muito parecido com o CDB - Certificado de Depósito Bancário, contudo, apenas outros bancos podem comprar o CDI.

**A taxa DI, por fim, é o resultado da média das taxas de juros dos CDIs com prazo de um dia. Dessa forma, ela é a remuneração média**

**paga pelos bancos tomadores de empréstimo aos bancos credores. Como os empréstimos entre as instituições bancárias, essenciais para garantir a liquidez do sistema financeiro, são gerenciados pela CETIP, a instituição é a responsável por mensurar e a divulgar todos os dias a taxa de juros desses empréstimos para todo o mercado."**

(<https://www.sunoresearch.com.br/artigos/cetip/> - grifou-se)

De fato, nos depósitos interbancários, como em qualquer outro tipo de empréstimo, a instituição tomadora paga juros à instituição emitente. A denominada Taxa CDI, ou simplesmente DI, é calculada com base nas taxas aplicadas em tais operações, refletindo, portanto, o custo de captação de moeda suportado pelos bancos.

Antes mesmo da implantação dos Certificados de Depósitos Interbancários no Brasil, Roberto Shoji Ogasavara, em artigo intitulado "*Mercado interbancário: implantação do CDI*", já previa os benefícios desse novo instrumento:

"(...)

1. Em função da vedação para a realização de operações de crédito entre instituições financeiras estabelecida pela Lei nº 4.595, não existem mecanismos que confirmam ao sistema financeiro maior flexibilidade operacional, à exceção dos acordos de recompra para

curtíssimo prazo e, em certo grau, das cessões de crédito. Assim, o CDI constituiria um aperfeiçoamento ao atual sistema de troca de liquidez entre bancos, hoje ainda operado com pouca eficiência através de cessão de crédito e de compra e venda de CDB nos mercados primário e secundário. A falta de um instrumento mais adequado para o intercâmbio de recursos entre instituições financeiras, com vistas ao melhor direcionamento às atividades econômicas, pode estar tendo efeito adicional de estimular aplicações a prazos curtíssimos de recursos que, na realidade, estariam, disponíveis para aplicações a prazos mais longos.

2. Aumento de eficiência do conjunto de instituições financeiras no uso de recursos por elas captados, na medida em que aquelas com excesso de recursos, em relação às suas perspectivas de aplicação, possam transferir àquelas com perspectivas de aplicação superiores ao montante de recursos disponíveis.

**3. Possível queda de taxas de empréstimos ao tomador final pela redução do custo de captação pelo sistema como um todo, principalmente se for alcançado um relacionamento mais harmônico entre os conglomerados financeiros e as instituições pequenas e/ou independentes, na medida que os primeiros repassariam aos últimos recursos excedentes captados através de sua mais vasta e**

**eficiente rede de dependências; com isso, estar-se-ia eliminando um dos reflexos mais negativos de uma estrutura de mercado bastante oligopolizado.**

**4. Surgimento de um referencial permanente de taxas de juros, permitindo às instituições financeiras alongarem o prazo de seus empréstimos, baseados em cláusula de repactuação periódica e lastreados em depósitos rotativos.**

5. Crescimento do mercado de títulos privados sem afetar a política de dívida pública e de mercado aberto, por serem incomparáveis os conceitos de risco, liquidez e dimensão dos dois mercados, pois o primeiro seria substancialmente menor que o último.

6. Possibilidade de substituição do atual estoque de CDB de terceiros em poder dos bancos por CDI.

7. Ainda, apresenta-se frequentemente a vantagem adicional de permitir que os problemas de liquidez diária do sistema financeiro possam ser solucionados fora do âmbito das Autoridades Monetárias, ou seja, através de transferências que não afetam as variáveis monetárias; conseqüentemente, seria reduzida a necessidade de recorrência ao financiamento ou à assistência financeira pelas instituições junto ao Banco Central." (in Conjuntura econômica, v. 39, n. 9, págs. 81-83, set. 1985 - grifou-se)

Com base no cenário atual, constata-se o acerto das previsões enunciadas pelo citado



autor, tendo em vista que a Taxa DI, além de ser um referencial permanente de taxas de juros, tanto para operações ativas quanto passivas, constituindo hoje um dos principais índices de desempenho (benchmark) do mercado, permitiu a redução das taxas de empréstimos ao tomador final em decorrência da diminuição do custo de captação de moeda no mercado financeiro.

A Taxa DI, conforme consignado no endereço eletrônico da B3 S.A,

"(...) é obtida ao se calcular a **média ponderada das taxas das transações prefixadas, extragrupo e com prazo de um dia efetuadas na B3 entre instituições financeiras.**

Como a taxa para o prazo de um dia é muito pequena, convencionou-se divulgá-la de forma anualizada. Essas transações são fechadas por meio eletrônico e registradas na B3. Além do DI tradicional, a B3 registra diversas modalidades do ativo, como Depósito Interfinanceiro vinculado a Micro finanças - DIM, Depósito Interfinanceiro Rural - DIR, e Depósito Interfinanceiro Imobiliário - DII." ([http://www.b3.com.br/pt\\_br/produtos-e-servicos/registro/renda-fixa-e-valores-mob-iliarios/deposito-interfinanceiro.htm](http://www.b3.com.br/pt_br/produtos-e-servicos/registro/renda-fixa-e-valores-mob-iliarios/deposito-interfinanceiro.htm))

Em complemento, segue a lição de Bruno Miragem a respeito do tema:

"(...)

A taxa DI-CETIP é calculada pela Central de Custódia e Liquidação de Títulos (CETIP), sociedade empresária de capital aberto que tem grande relevância para o sistema bancário, considerando que visa remunerar os depósitos interfinanceiros entre instituições financeiras. Trata-se da taxa média calculada e divulgada pela CETIP, mediante ponderação do volume de operações de emissão de depósitos interfinanceiros pré-fixados, pactuadas por um dia útil e registradas e liquidadas em seu sistema. É denominada formalmente taxa DI-CETIP Over Extra-Grupo, em vista de o seu cálculo considerar um dia útil de prazo (overnight) e contemplar apenas operações celebradas entre instituições de diferentes conglomerados financeiros. Serve como indexador de inúmeras operações do mercado financeiro." (Direito bancário, 2. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Thomsom Reuters Brasil, 2018, pág. 73)

Anota-se, por oportuno, que a Taxa DI não se confunde com a Taxa ANBID, sendo esclarecedoras as informações trazidas em requerimento apresentado nos autos pela FEBRABAN:

"(...)

35. A extinta Taxa ANBID não se confunde com a Taxa DI! O único elemento comum - na época em que a Taxa ANBID era editada - entre elas era o fato de terem sido divulgadas, durante

certo período, pela extinta CETIP (atual B3). Nada mais.

36. A ANBID ou Associação Nacional dos Bancos de Investimento era uma associação que representava as instituições financeiras que operam no mercado de capitais do Brasil e tinha como principal objetivo fomentar o desenvolvimento desse mercado no país.

37. Em 2009, a ANBID integrou suas atividades às da ANDIMA (Associação Nacional das Instituições do Mercado Financeiro) criando assim a atual Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais (ANBIMA).

38. **A ANBID divulgava a Taxa ANBID, que era a média das operações de mercado em determinados títulos emitidos por instituições financeiras (CDB, RDB entre outros). Os CDBs e RDBs - diferentemente dos CDIs - podem ser adquiridos por pessoas físicas e jurídicas e, assim, suas taxas podiam apresentar variações significativas dependendo do perfil da instituição financeira e do investidor.**

39. **Já o CDI, como explicado, somente é operado entre instituições financeiras e, portanto, a Taxa DI exprime fielmente o custo de captação de recursos no mercado interfinanceiro e praticamente tem sua flutuação atrelada à da Taxa Selic**" (e-STJ fls. 3.061-3.062 - grifou-se)

Ademais, é estreita a relação da Taxa DI com a Taxa Selic,

sendo esta última a **"taxa apurada nas operações de empréstimos de um dia entre as instituições financeiras que utilizam títulos públicos federais como garantia"** ([https://www.bcb.gov.br/controleinflacao/taxa\\_selic](https://www.bcb.gov.br/controleinflacao/taxa_selic) - grifou-se).

A Taxa Selic, invocando mais uma vez a lição de Bruno Miragem,

"(...) foi criada pela Circular 466/1979 do BACEN, e **é aplicada para remuneração de títulos públicos federais** negociados no Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC). Trata-se de um **sistema informatizado para registro, custódia e liquidação de títulos emitidos pelo Tesouro Nacional. Administrado pelo BACEN em parceria com a Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais (ANBIMA). É obtida 'mediante cálculo da taxa média ponderada e ajustada das operações de financiamento por um dia, lastreadas em títulos públicos federais e cursadas no referido sistema ou em câmaras de compensação e liquidação de ativos, na forma de operações compromissadas'.**" (ob. cit, pág. 72 - grifou-se)

A diferença entre elas consiste no fato de que a Selic corresponde à taxa média apurada com base nos empréstimos interbancários de 1 (um) dia tendo como garantia Títulos do



Tesouro Nacional, ao passo que a Taxa DI se refere aos empréstimos de curto prazo realizados entre bancos que se utilizam dos seus próprios recursos para garantir a operação.

Além disso, a partir da comparação dos seus valores históricos, constata-se que a Taxa DI, pelo menos nos últimos 12 (doze) anos, manteve-se um pouco abaixo da taxa básica de juros, a Selic, conforme tabela comparativa apresentada nos autos pela FEBRABAN (e-STJ fls. 3.116-3.119).

Assim, com base na fundamentação até agora desenvolvida, passa-se a aferir se é ou não abusiva a cláusula que estipula os encargos financeiros de contrato de abertura de crédito em percentual sobre a Taxa DI, à luz do disposto nos arts. 122 do Código Civil e 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor:

"Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes."

"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, abusi-

vas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;"

No âmbito desta Corte Superior prevalece o entendimento de ser potestativa a cláusula que deixa ao arbítrio das instituições financeiras, ou associação de classe que as represente, o cálculo dos encargos cobrados nos contratos bancários, sendo este, aliás, um dos fundamentos que deram ensejo à edição da Súmula nº 176/STJ.

Nesse sentido:

"BANCÁRIO E PROCESSO CIVIL. AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL INADMITIDO. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO. PACTO DE JUROS REMUNERATÓRIOS. INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. CLÁUSULA QUE, EM CONTRATO BANCÁRIO, DEIXA A FIXAÇÃO DA TAXA DE JUROS REMUNERATÓRIOS AO PURO ARBITRIO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ARTS. 115 DO CC/16 E 51, IV, DO CDC. ILICITUDE.

(...)

**-A ilicitude da cláusula que, em contrato bancário, deixa a fixação da taxa de juros remuneratórios ao puro arbítrio da instituição financeira realmente impõe tanto a declaração de nulidade dessa cláusula quanto a consequente limitação da taxa de juros remuneratórios.**

Agravo no agravo de instrumento não provido." (AgRg no Ag 566.541/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/5/2004, DJ 7/6/2004 - grifou-se)

"CONTRATO BANCÁRIO. ABERTURA DE CRÉDITO. TAXA DE JUROS REMUNERATÓRIOS NÃO PACTUADA, FICANDO AO ARBITRIO DO BANCO A SUA FIXAÇÃO A POSTERIORI. INADMISSIBILIDADE.

- Recurso especial que não infirma os fundamentos expendidos pela decisão recorrida.

**- É potestativa a cláusula que deixa a determinação da taxa dos juros ao critério exclusivo da instituição financeira.**

Recurso especial não conhecido." (REsp nº 533.309/RS, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 4/9/2003, DJ 1º/12/2003 - grifou-se).

"JUROS. MAIOR TAXA DE MERCADO PRATICADA PELO CREDOR. CLÁUSULA POTESTATIVA. ART. 115 DO CÓDIGO CIVIL.

**É potestativa a cláusula de juros que deixa ao critério do credor a estipulação da taxa mensal, a ser por ele fixada de acordo com a mais alta que praticar no mercado financeiro. Art. 115 do CCivil.**

Deferimento da Taxa Selic, em substituição aos juros contratados, atendendo às peculiaridades do caso e ao disposto no contrato.

(...)

Primeiro recurso não conhecido. Segundo recurso conheci-

do em parte e nessa parte parcialmente provido." (REsp 260.172/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 24/10/2000, DJ 30/4/2001 - grifou-se).

Diversa, contudo, é a situação dos autos, em que os encargos financeiros do contrato de abertura de crédito foram fixados em percentual sobre a Taxa DI, **índice que não é livremente fixado pelo próprio credor, mas definido pelo mercado a partir das oscilações econômico-financeiras, além de estar sob permanente fiscalização das instituições responsáveis por exercer o controle do crédito sob todas as suas formas (CMN e BACEN).**

Semelhante discussão foi travada no julgamento do REsp nº 271.214/RS, envolvendo a cobrança da denominada comissão de permanência, momento em que a Segunda Seção desta Corte decidiu pela sua legalidade, vedada a sua cumulação com os encargos da normalidade (juros remuneratórios e correção monetária) e/ou com os encargos moratórios (juros moratórios e multa contratual).

Na oportunidade, prevaleceu o entendimento manifestado em substancioso voto-vista da lavra do saudoso Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, do qual se transcreve o seguinte excerto:

"(...)

No Brasil a taxa de inadimplência é cobrada sob a rubrica 'comissão de permanência'. A comissão de permanência, por sua vez, não é ilegal, sendo certo que, conforme já decidido e pacificado nesta Corte, tem finalidade semelhante, precipuamente, à da correção monetária, qual seja atualizar o valor da dívida, a contar de seu vencimento. Foi criada antes da correção monetária, sendo facultada, com base na Lei nº 4.595/64 e na Resolução nº 1.129/86 - BACEN, a sua cobrança pelas instituições financeiras por dia de atraso no pagamento do débito.

(...)

Por outro lado, a própria Resolução nº 1.129/86, do Banco Central do Brasil, no item I, estabelece que **a comissão de permanência será calculada às mesmas taxas pactuadas no contrato original ou à taxa de mercado do dia do pagamento. Não há aí potestatividade, já que as taxas de mercado não são fixadas pelo credor, mas, sim, definidas pelo próprio mercado ante as oscilações econômico-financeiras, estas fiscalizadas pelo Governo que, como sói acontecer, intervém para sanar distorções indesejáveis.**" (REsp 271.214/RS, Rel. p/ acórdão Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Segunda Seção, julgado em 12/3/2003, DJ 4/8/2003 - grifou-se)

Seguem, abaixo, trechos dos votos-vista apresentados, respectivamente, pelo Ministro Aldir Passarinho Júnior e pela Ministra Nancy Andrichi:

"(...)

Ainda sobre esse mesmo tópico, saliento que não tenho como potestativa a aludida Comissão de Permanência.

Potestativa seria, nos termos do art. 115 do Código Civil, se se subordinasse ao arbítrio de uma das partes.

No caso, não é assim, em absoluto.

**A Comissão de Permanência é aferida pelo Banco Central do Brasil com base na taxa média de juros praticada no mercado pelas instituições financeiras e bancárias que atuam no Brasil, ou seja, ela reflete a realidade desse mercado de acordo com o seu conjunto e não isoladamente, pelo que não é o banco mutuante que a impõe.** E a taxa de juros, como consabido, deriva da política econômica do Estado, em que a taxa base, a SELIC, é determinada, por oferecimento aos bancos, pelo próprio Banco Central, o que por mais essa razão afasta, peremptoriamente, a possibilidade de incidência do art. 115 do Código Civil." (grifou-se)

"(...)

**A taxa média de mercado,** no entanto, se mostra mais apropriada, eis que guarda exata correspondência com o índice de inadimplência, e o

seu cálculo leva em consideração o custo do dinheiro captado pelos bancos. Ademais, **não há potestatividade na sua adoção, unilateralmente pelo credor.**" (grifou-se)

Pelas mesmas razões de decidir, **não é potestativa a cláusula que estipula os encargos financeiros de contrato de abertura de crédito em percentual sobre a taxa média aplicável aos Certificados de Depósitos Interbancários (CDIs)**, haja vista tal indexador ser igualmente definido pelo mercado, a partir das oscilações econômico-financeiras, não se sujeitando a manipulações que possam atender aos interesses das instituições financeiras.

O propósito de sua adoção como base para o reajuste periódico das taxas flutuantes de que trata a Resolução nº 1.143/1986 é o de neutralizar os riscos de mercado e conferir maior estabilidade às operações de crédito, permitindo que as instituições financeiras fixem os encargos de seus contratos proporcionalmente ao custo da captação da moeda durante todo o período da relação creditícia. Disso resulta a sujeição dos tomadores de empréstimo a juros menores em decorrência da diminuição desse mesmo custo.

Na verdade, são diversos os benefícios desse tipo de operação, como bem evidencia o conteúdo do Relatório de In-

flação emitido pelo Banco Central do Brasil no ano de 2002:

"(...)

O acompanhamento sistemático da evolução das taxas de juros e spread bancário, implementado pelo Banco Central do Brasil em 1999, baseia-se nas operações de crédito com recursos livres remuneradas por taxas de juros prefixadas. **Com a vigência da Circular 2.905, de junho de 1999, permitindo operações referenciadas em juros flutuantes com prazo mínimo inferior a 120 dias, verificou-se o aumento da participação desses contratos nas operações ativas e passivas das instituições financeiras.**

Com a Circular 2.957, de dezembro de 1999, o Banco Central passou a apurar regularmente, além das operações referenciadas a taxas prefixadas e pós-fixadas, dados relativos a taxas flutuantes, direcionadas principalmente ao financiamento de empresas. O saldo das operações com taxas flutuantes atingiu R\$20 bilhões em maio, correspondendo a 10% do crédito com recursos livres e a 15% dos empréstimos com recursos livres direcionados às pessoas jurídicas.

**As principais instituições financeiras oferecem a clientes preferenciais modalidades de crédito mais competitivas, referenciadas principalmente à taxa DI, visto que o caráter flutuante reduz significativamente o**

**risco de mercado inerente a taxas prefixadas.** Esses clientes, geralmente empresas de grande porte, recebem tratamento diferenciado devido ao grande volume de recursos que movimentam e à capacidade de gerar novos negócios, como administração de folha de pagamentos, emissões de títulos e valores mobiliários, e financiamentos diversos. Os bancos definem esse nicho de mercado como segmento corporate, sendo acirrada a disputa pelo mercado, visto que essas empresas operam com grande número de instituições financeiras.

Em função das características desses clientes, **as operações com taxas flutuantes registram baixos índices de inadimplência, em contraposição aos índices apurados nos empréstimos prefixados. Além do patamar inferior, a inadimplência das operações referenciadas a taxas de juros flutuantes evidencia maior estabilidade.** Enquanto os atrasos de contratos prefixados cresceram 27% desde maio de 2001, com a taxa de inadimplência passando de 4,9% para 6,7% em maio de 2002, a inadimplência nas operações com taxas flutuantes manteve-se estável, conforme ilustrado no gráfico a seguir.

(...)

**Essas características possibilitam às instituições financeiras oferecer taxas mais competitivas, visto o custo reduzido com provisões para inadimplência e**

**o ganho de escala em função do vulto dessas operações.** Em maio, a taxa média de financiamento de empresas com juros referenciados a taxas flutuantes atingiu 28% a.a., 15 p.p. abaixo da taxa média das operações prefixadas para pessoas jurídicas.

Assim, ao agregar-se ao cálculo da taxa média de juros as operações vinculadas a taxas flutuantes, constata-se que a contratação do crédito bancário se realiza a taxas menores que as atualmente publicadas." (<https://www.bcb.gov.br/htms/relinf/port/2002/06/ri200206b3p.pdf> - grifou-se)

Conclui-se, portanto, que não é abusiva, por si só, a adoção da taxa média aplicável aos Certificados de Depósitos Interbancários (CDIs) como parâmetro para a estipulação dos encargos financeiros em contrato de abertura de crédito, **podendo eventual abusividade ser verificada no julgamento do caso concreto em função do percentual fixado pela instituição financeira, comparado às taxas médias de mercado regularmente divulgadas pelo Banco Central do Brasil para as operações da mesma espécie,** conforme decidido em precedentes desta Corte julgados sob o rito dos recursos repetitivos: REsp nº 1.061.530/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 22/10/2008, DJe 10/3/2009; e

REsp 1.112.879/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Segunda Seção, julgado em 12/5/2010, DJe 19/5/2010.

No caso em apreço, em contrato de abertura de crédito rotativo fixo, os respectivos encargos financeiros foram pactuados em 180% (cento e oitenta por cento) da taxa média dos Certificados de Depósitos Interbancários (CDI), não havendo nenhum elemento nos autos capaz de demonstrar que a cláusula ajustada discrepa substancialmente da taxa média de mercado divulgada pelo Banco Central para operações da mesma espécie.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para, no tocante ao Contrato de Abertura de Crédito Fixo nº 054.005.179 (e-STJ fls. 32-37), manter a fixação dos respecti-

vos encargos financeiros em percentual sobre a taxa média dos Certificados de Depósitos Interbancários (CDI).

É o voto.

### **CERTIDÃO DE JULGAMENTO TERCEIRA TURMA**

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, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro (Presidente), Nancy Andrighi e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator.

# Tribunal Superior do Trabalho

**Protesto judicial. Termo inicial da prescrição quinquenal. Horas extras. Gerente geral. CTVA. Base de cálculo.<sup>1</sup>**

**ACÓRDÃO**  
**(3ª Turma)**  
**GMALB/mm/AB/mki**

**I - AGRAVO DE INSTRUMENTO DA RECLAMANTE. RECURSO DE REVISTA - DESCABIMENTO. 1. NULIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.** Decisão contrária aos interesses da parte não importa negativa de prestação jurisdicional, não havendo que se falar em ofensa aos arts. 93, IX, da Constituição Federal, 458 do CPC e 832 da CLT. **2. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. PROTESTO JUDICIAL. INTERRUPTÃO. TERMO INICIAL.** 2.1. Esta Corte tem-se posicionado, reiteradamente, no sentido de que o termo inicial da contagem da prescrição quinquenal interrompida pelo ajuizamento de protesto judicial se dá com a propositura dessa demanda cautelar. Precedentes. 2.2 Na hipótese vertente, o protesto judicial foi distribuído em 8.2.2010, ao passo que a presente reclamação trabalhista somente foi ajuizada em

27.2.2016, restando inócua a interrupção ocorrida, pois ultrapassado o quinquênio. Nessa esteira, prescritas as pretensões da reclamante anteriores a 27.2.2011. **3. CEF. HORAS EXTRAS. ADEÇÃO AOS PCS/1998 E ESU/2008. GERENTE GERAL. INAPLICABILIDADE DA NORMA MAIS BENÉFICA QUE ESTABELECE JORNADA DE SEIS HORAS POR AUSÊNCIA DE PREVISÃO EXPRESSA.** 3.1. Tal como se extrai do acórdão regional, restou comprovado que a autora exercia cargo de gestão, sendo a autoridade máxima da agência, estando inserida na hipótese do inciso II do art. 62 da CLT. 3.2. Como autoridade máxima da agência, ocupante de cargo de gestão, nos termos do art. 62, II, da CLT, a reclamante pode ser enquadrada como gerente geral, ainda que a denominação de seu cargo não seja essa. Fixada essa premissa, aplica-se o entendimento desta Subseção, decidido em composição completa no E-ED-ARR-59-56.2012.5.12.0018, acerca da

<sup>1</sup> Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProcInt=2019&numProcInt=191226&dtaPublicacaoStr=08/05/2020%2007:00:00&nia=7482746>>.



matéria, no sentido da inaplicabilidade da norma benéfica que previu jornada de seis horas para cargos gerenciais ao gerente geral, por ausência de previsão expressa. Precedentes. Incidência do óbice do art. 896, § 7º, da CLT e da Súmula 333/TST. **4. CTVA. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DE PARCELAS DE CARÁTER PERSONALÍSSIMO. NÃO VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.**

4.1. A natureza variável e transitória da parcela CTVA está intrinsecamente atrelada à própria finalidade da sua instituição, qual seja, igualar, com base em critérios objetivos, o padrão salarial dos empregados da CEF aos valores praticados pelo mercado, complementando sua remuneração quando essa for inferior ao piso de referência do mercado. Assim, sendo características intrínsecas do CTVA a transitoriedade e a variabilidade, não se verificando o desnível que enseja a percepção da parcela, seu valor pode sofrer redução ou até mesmo supressão. 4.2. No caso, a pretensão de exclusão das parcelas ATS e VPs, que não têm natureza constitucional ou legal, do cálculo do CTVA não tem previsão no regulamento da CEF, desvirtuando-o. Precedentes. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. **II – RECURSO DE REVISTA ADESIVO DA RECLAMADA.** Ante o desprovimento do agravo de instrumento da

reclamante, resta prejudicada a análise do recurso de revista adesivo da reclamada, nos termos do art.997, § 2º, do CPC.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº **TST-AIRR-212-52.2016.5.10.0003**, em que é Agravante **HELIANE DO CARMO RESENDE BARCELLAR** e Agravada **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF.**

Pelo despacho recorrido, originário do Eg. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, denegou-se seguimento ao recurso de revista interposto (fls. 2.827/2.833-PE).

Inconformada, a reclamante interpôs agravo de instrumento, sustentando, em resumo, que o recurso merece regular processamento (fls. 2.857/2.894-PE).

A reclamada apresentou contraminuta às fls. 2.897/2.923-PE e interpôs recurso de revista adesivo a fls. 2.927/2.947-PE.

Os autos não foram encaminhados ao d. Ministério Público do Trabalho (RI/TST, art. 95).

É o relatório.

AIRR-212-52.2016.5.10.0003.  
DEJT 08/05/2020.

## VOTO

### **I – AGRAVO DE INSTRUMENTO DA RECLAMANTE. ADMISSIBILIDADE.**

Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de



admissibilidade, conheço do agravo de instrumento.

### MÉRITO

Registre-se, a princípio, que a análise do processamento do recurso de revista fica restrita aos temas focalizados nas razões do agravo de instrumento, espectro de devolutividade fixado pela parte.

### NULIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.

A reclamante suscita a nulidade do acórdão por negativa de prestação jurisdicional, ao argumento de que o Tribunal Regional, embora instado por embargos de declaração, não se pronunciou sobre pontos essenciais ao deslinde da controvérsia, mais especificamente quanto ao protesto interruptivo e à ausência de adesão ao PCS/98 e ao ESU/2008. Assevera que o Eg. TRT equivocadamente desconsiderou “a data do último ato ocorrido na ação cautelar de interrupção da prescrição” (fl. 2.764). Ressalta que, “tendo em vista a admissão obreira em 1984, estamos diante de adesão de cláusula mais benéfica ao contrato de trabalho da obreira, qual seja, o compromisso de prestar seis horas de trabalho independentemente de ocupar cargo ou função comissionada” (fl. 2.769-PE). Aponta violação dos arts. 93, IX, da Constituição Federal, 489 do CPC e 832 da CLT.

Não há que se cogitar de nulidade por negativa de prestação jurisdicional, tendo em vista que, já no primeiro acórdão, o Eg. TRT manifesta tese expressa, embora dissonante do que entende a autora.

Conforme se depreende do acórdão regional, o Colegiado *a quo* registrou expressamente que “a reclamante não observa que a interrupção decorrente de protesto surte efeitos a partir da propositura e não a partir do último ato havido no processo cautelar então proposto em 2010, pelo que, no particular, correta a sentença recorrida, assim cabendo negar provimento ao apelo obreiro, no particular” (fl. 2.682-PE/destaquei).

No que concerne à jornada de trabalho, a Corte de origem assim decidiu (fl. 2.683-PE):

“A discussão de jornada envolve trato sucessivo e enuncia que a jornada regulada internamente apenas persiste em relação a funções comissionadas enquanto exercidas, passando a regular as seguintes, segundo a dicção da norma de regência ao tempo da assunção, no que se preserva o direito adquirido apenas enquanto exercida a função segundo o contorno do contrato ao tempo da assunção e não na premissa de inalterabilidade eterna em havendo contorno diverso para a função comissionada, assim sen-

do outra a exercida, em tempo seguinte, já sob as premissas vigentes ao tempo da designação aceita.

Não persiste, portanto, a invocação obreira de que teria direito adquirido a laborar apenas em regime de seis horas, mesmo sob comissionamento, porque a assunção do encargo se regula pelo contido no artigo 62 ou no artigo 224 da CLT e não, ao tempo da designação, por norma interna já antes revogada, aplicável apenas enquanto não alterada a função e, ainda assim sob certos termos, também não cabendo, na análise do pedido recursal sucessivo, situar o cargo máximo no nível da agência da CEF, assim de gerente-geral de agência, como enquadrado no artigo 224, § 2º, da CLT, e sim no artigo 62 consolidado em razão da gestão diferenciada e falta de controle de jornada, pelo que nego provimento ao recurso obreiro.

Com relação ao recurso patronal, a função de gerente geral de agência, sob discussão, envolve atuação em nível diferenciado e sem controle de jornada, como efetivo preposto máximo da empresa no âmbito da agência, com os contornos próprios do artigo 62, II, da CLT, pela inequívoca atuação em gestão diferenciada e com remuneração compatível com o encargo assumido, pelo que não se há que falar em horas extras no período do exercício pertinente, conforme a jurisprudência acerca da função máxima em nível de gerência da Reclamada, na

análise dos normativos internos e da prova que enuncia não ter havido desvio em relação ao exigível, pelo que dou provimento ao recurso patronal para julgar improcedentes os pedidos de horas extras e reflexos, assim como de intervalos intrajornadas (porquanto inexistindo controle da jornada em si, os intervalos igualmente se inserem no controle exclusivo do próprio obreiro), restando prejudicados os demais pedidos recursais sucessivos pertinentes à jornada, deduzidos num e noutro apelo.” (destaquei)

Especificamente em relação à adesão aos PCS/98 e ESU/2008, o Tribunal Regional assim se pronunciou, quando do julgamento dos embargos de declaração opostos (fl. 2.742-PE):

“A Reclamante, no tema das horas extras, alega omissão e contradição quanto à tese de suposta adesão ao PCS/1998 e ao ESU/2008, negada pela obreira.

Com a devida vênia, o fato da Reclamante salientar não ter aderido ao PCS/1998 ou ao ESU/2008 é irrelevante porque em nenhum momento o exame da jornada aplicável se perfez sob o modelo de quaisquer dos regulamentos referidos, mas na consideração, expressa, de incidência do artigo 62/CLT.

Ou seja, o acórdão não precisava enunciar haver ou não adesão obreira ao PCS/1998 ou

ao ESU/2008 se nenhuma consequência do julgado se fez sob os regramentos referidos, no que inócua a discussão.

Obviamente, também, se não há efeitos decorrentes das normas internas referidas, e revela-se, repita-se, a discussão sobre adesão ou não a novos regramentos que não servem ao julgado, contido apenas na análise suficiente dos preceitos legais que regem a matéria, não há omissão acerca de análise sob o manto do artigo 468 da CLT ou da Súmula 51/TST, já que não se discutem efeitos de adesão ou não a tais normativos internos.

Não há omissão onde não há aspecto possível de exame, nem emerge, sob qualquer viés, a contradição alegada nos embargos.

Rejeito." (destaquei)

Assim, prestação jurisdicional houve, embora contrária aos interesses da parte.

O que se pretendeu, na verdade, nos embargos de declaração opostos, foi a adoção, pelo TRT de origem, da interpretação que a recorrente entende correta para as questões postas em julgamento.

Ressalte-se que o juiz, detentor da jurisdição estatal e a quem compete aplicar o direito ao caso concreto, não está obrigado a convencer a parte, mas, antes, a fundamentar os motivos de seu próprio convencimento.

Não se verifica, portanto, ofensa aos dispositivos evocados.

### **PRESCRIÇÃO QUINQUE- NAL. PROTESTO JUDICIAL. IN- TERRUPÇÃO. TERMO INICIAL.**

Atendendo aos pressupostos do art. 896, § 1º-A, da CLT, a parte transcreveu o seguinte trecho do acórdão (fl. 2.780-PE):

"O MM. Juízo de origem afastou efeitos do protesto cautelar decorrente do Processo 00045-33.2010.5.10.0007 proposto pela CONTEC com substituição ampla, sob a premissa de que a presente ação trabalhista apenas fora proposta em 27/02/2016, assim fora do espectro atingido pela cautelar referida, pelo que, considerando que os pedidos envolvem trato sucessivo, acolheu em parte a prejudicial arguida pela Reclamada para considerar prescritas as parcelas anteriores a 27/02/2011, exceto as questões previdenciárias por ainda incidente a prescrição trintenária, assim apenas resultando prescritos pedidos anteriores a 27/02/1986.

A Reclamada insiste na prescrição total, sustentando que a alteração do plano de carreiras envolve ato único a teor da Súmula 294/TST, assim alcançando os efeitos reflexos em ATS e horas extras pré-contratadas.

A Reclamante, a seu turno, insiste em efeitos do protesto

ajuizado pela CONTEC, invocando que os efeitos interruptivos ocorreram a partir de 28/02/2011.

Por partes.

**A Reclamante não observa que a interrupção decorrente de protesto surte efeitos a partir da propositura e não a partir do último ato havido no processo cautelar então proposto em 2010, pelo que, no particular, correta a sentença recorrida, assim cabendo negar provimento ao apelo obreiro, no particular.**

(...). Nesses contextos, nego provimento ao apelo patronal, no particular.”

Insurge-se a reclamante, sustentando que o reinício da contagem do prazo prescricional se dá a partir do último ato processual realizado no protesto, em 28.2.2011, **“de forma que deve a prescrição atingir tão somente as parcelas devidas anteriormente à data de 8 de fevereiro de 2005”** (fl. 2.782-PE). Aponta violação dos arts. 5º, XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal e 202 do Código Civil. Colaciona arestos.

Não lhe assiste razão.

A controvérsia cinge-se à definição do termo inicial da contagem do prazo prescricional quinquenal interrompido pelo ajuizamento de protesto judicial.

Nos termos do parágrafo único do art. 202 do Código Civil, **“a prescrição interrom-**

**pida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper”** (destaquei).

Esta Corte tem se posicionado reiteradamente no sentido de que o termo inicial da contagem da prescrição quinquenal interrompida pelo ajuizamento de protesto judicial se dá com a propositura dessa demanda cautelar.

Colho os seguintes precedentes:

**“AGRAVO EM EMBARGOS EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO DE REVISTA. INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. HORAS EXTRAS. PROTESTO JUDICIAL. REINÍCIO DO PRAZO. ART. 894, §2º, DA CLT. Na hipótese, insurge-se a Agravante contra acórdão proferido pela 2ª Turma que não conheceu do recurso de revista interposto pela Reclamante porquanto considerou, com amparo na jurisprudência dominante desta Corte Superior, que o reinício da contagem do prazo prescricional quinquenal deve coincidir com a data do ajuizamento da nova ação, no caso de protesto judicial. Assim, declarou a prescrição da ação proposta em 3/2/2015, visto que transcorridos mais de cinco anos do ajuizamento do protesto judicial (2/2/2010). Na decisão de embargos o Presidente da 2ª Turma manteve a decisão Turmária, uma vez que em consonância com a**

iterativa, atual e notória jurisprudência deste TST, nos termos do art. 894, § 2º, da CLT. Com efeito, trata-se a controvérsia acerca da interrupção da prescrição nos casos de ajuizamento do protesto judicial. Observa-se, consoante jurisprudência consolidada por meio da OJ 392 da SBDI-1 do TST, que o ajuizamento do protesto judicial interrompe a prescrição extintiva (biennial) e a prescrição quinquenal. Nesse esteio, o entendimento predominante desta Corte é no sentido de que a data do ajuizamento do protesto corresponde ao marco inicial para reinício da contagem da prescrição quinquenal, com pedidos idênticos. No presente caso, a reclamação trabalhista foi proposta em 3/2/2015 e o ajuizamento do protesto judicial deu-se em 2/2/2010. Infere-se, por conseguinte, que a ação foi ajuizada mais de cinco anos após a interrupção da prescrição pela propositura do protesto judicial. Portanto, o apelo não demonstrou a incorreção da decisão que denegou seguimento ao recurso, amparada no artigo 894, II e § 2º, da CLT. Precedentes. Agravo que se conhece e a que se nega provimento.” (Ag-E-RR-135-07.2015.5.19.0010, Ac. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos, *in* DEJT 22.11.2019) (destaquei).

“EMBARGOS REGIDOS PELA LEI Nº 11.496/2007. PROTESTO JUDICIAL. INTERRUPTÃO.

PRESCRIÇÃO BIENAL E QUINQUENAL. MARCO INICIAL. Previa o artigo 219, § 1º, do CPC/73, vigente à época da interposição do recurso - cujo dispositivo correspondente no Código Processual atual é o artigo 240, § 1º -, que a interrupção da prescrição retroagir à data da propositura da ação. O protesto não interrompe apenas a prescrição do direito de ação (biennial), mas também a quinquenal, que é contada a partir do primeiro ato de interrupção da prescrição, ou seja, do ingresso da reclamação anteriormente ajuizada (protesto), sob pena de se tornar inócua a interrupção da prescrição, se ultrapassado cinco anos para o ajuizamento da nova ação. Também assim é o entendimento desta Corte, por meio da Orientação Jurisprudencial nº 392 da SBDI-1, *in verbis*: ‘PRESCRIÇÃO. INTERRUPTÃO. AJUIZAMENTO DE PROTESTO JUDICIAL. MARCO INICIAL O protesto judicial é medida aplicável no processo do trabalho, por força do art. 769 da CLT e do art. 15 do CPC de 2015. O ajuizamento da ação, por si só, interrompe o prazo prescricional, em razão da inaplicabilidade do § 2º do art. 240 do CPC de 2015 (§ 2º do art. 219 do CPC de 1973), incompatível com o disposto no art. 841 da CLT.’ O entendimento predominante desta Corte é de que o marco inicial para o reinício do cômputo do biênio prescricional é a data do trânsito em julgado da decisão proferida na primeira ação, no caso, do protesto judicial, e o

reinício da contagem da prescrição quinquenal deve corresponder à data do ajuizamento da ação anterior, com idênticos pedidos. Precedentes. Na hipótese dos autos, é incontroverso que a demanda foi ajuizada em 4/5/2005 e o protesto judicial, em 18/8/1998, pois afirmado na própria petição inicial. Verifica-se, portanto, que a ação foi proposta mais de cinco anos após a interrupção da prescrição pelo ajuizamento do protesto judicial, o que revela que a pretensão autoral está prescrita. Portanto, a Turma, ao manter a decisão regional, não observou o entendimento consubstanciado na Orientação Jurisprudencial nº 392 da SBDI-1 desta Corte. Embargos conhecidos e providos." (E-ED-RR-92600-76.2005.5.05.0462, Ac. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, *in* DEJT 16.6.2017) (destaquei).

"[...]. II - RECURSO DE REVISTA. PRESCRIÇÃO. PROTESTO INTERRUPTIVO. ALCANCE QUANTO À PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que a CONTEC tem legitimidade para representar empregados de empresas que adotam quadro de carreira único em todo território nacional, seguindo o critério da amplitude territorial, como é o caso dos empregados do Banco do Brasil, cujas agências estão espalhadas por todo o Brasil. No que se refere à interrupção da

prescrição, esta c. Corte se orienta no sentido de que o protesto judicial acarreta a interrupção tanto da prescrição bienal quanto da quinquenal. Outrossim, cumpre ressaltar que o protesto judicial, por si só, interrompe o prazo prescricional, nos termos da OJ nº 392 da c. SBDI-1, devendo o marco inicial da prescrição (bienal e quinquenal) corresponder à data do ajuizamento do protesto. Por outro lado, consignou o acórdão regional que o autor 'exerceu o cargo de Gerente de negócios de 20/08/2008 a 20/08/2012' (pág. 3.225) e que a presente ação foi ajuizada em 9/5/2014. Assim, considerando a interrupção da prescrição em 18/11/2009, não há que se falar em prescrição bienal. Ante o exposto, estando a decisão em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, incidem os óbices do artigo 896, § 7º, da CLT e da Súmula nº 333/TST ao seguimento do apelo. Recurso de revista não conhecido. CONCLUSÃO: Agravo de instrumento conhecido e desprovido e recurso de revista não conhecido." (ARR-793-47.2014.5.04.0733, Ac. 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, *in* DEJT 06.12.2019) (destaquei).

"AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO NA VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.015/2014 E DO CPC/2015. PROTESTO INTERRUPTIVO. ABRANGÊNCIA. Diante do

atendimento aos pressupostos do art. 896, 'a' e 'c', da CLT, dá-se provimento ao Agravo Interno. Agravo conhecido e provido. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. PROTESTO INTERRUPTIVO. ABRANGÊNCIA. Diante da possível violação dos arts. 128 do CPC/1973 (art. 141 do CPC/2015) e 202 do Código Civil, admite-se o Recurso de Revista. Agravo de Instrumento conhecido e provido. RECURSO DE REVISTA. PROTESTO INTERRUPTIVO. ABRANGÊNCIA. De acordo com o entendimento desta Corte, o protesto judicial, por si só, interrompe o prazo prescricional, nos termos da OJ n.º 392 da SBDI-1, devendo o marco inicial da prescrição quinquenal corresponder à data do ajuizamento do protesto. Ainda, de acordo com a aplicação analógica do entendimento da Súmula n.º 268 do TST, a interrupção da prescrição se dá 'somente em relação aos pedidos idênticos'. Na hipótese dos presentes autos, o Regional relatou que o protesto interruptivo foi interposto, 'buscando interromper a prescrição para o ajuizamento de ações trabalhistas, individuais ou coletivas, cujos objetos fossem a condenação do demandado ao pagamento de horas extras, prestadas além da 6.<sup>a</sup> hora ou da 8.<sup>a</sup> hora de trabalho, aos bancários enquadrados no art. 224, caput ou § 2.º, da CLT, ou de horas extras pela ausência do gozo integral do intervalo intrajornada, assim como, interromper a prescrição em relação a ações fundadas

no recálculo de horas extras pagas, em decorrência da aplicação dos divisores 150 ou 200, conforme o caso' (fl. 663). Assim, como não foram nomeadas, especificamente, naquele protesto interruptivo, as horas extras pela alteração contratual lesiva da jornada de 5h45min, prevista em regulamento interno do Banco, para 6h acrescidas de 15 minutos de intervalo intrajornada, não há como entender que tal parcela tenha sido alcançada pela interrupção da prescrição. Nesse contexto, razão assiste ao reclamado, visto que ficou demonstrada a violação dos arts. 128 do CPC/1973 (art. 141 do CPC/2015) e 202 do Código Civil, em razão da interpretação extensiva conferida ao protesto interruptivo. Recurso de Revista conhecido e provido." (RR-10129-90.2015.5.03.0079, Ac. 1ª Turma, Relator Ministro Luiz José Dezena da Silva, *in* DEJT 16.3.2020) (destaquei).

"RECURSO DE REVISTA. LEI Nº 13.015/2014. INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. HORAS EXTRAS. PROTESTO JUDICIAL. REINÍCIO DO PRAZO. O Tribunal Regional manteve a prescrição total da presente ação trabalhista, proposta em 28/2/2015, por entender que o reinício do prazo prescricional interrompido por protesto judicial dá-se retroativamente à data de seu ajuizamento, ocorrido em 2/2/2010. Delimitou que o protesto judicial foi distribuído em 8/2/2015 e que seu último ato ocorreu em 25/5/2015, com a determinação do Diretor



de Secretaria para a entrega dos autos à requerente Contec. No mesmo sentido do acórdão regional, para a maioria desta Corte o prazo prescricional quinquenal interrompido por protesto judicial passa a fluir novamente a contar da data do ajuizamento da ação anterior (protesto) enquanto o prazo prescricional bienal é contado do trânsito em julgado da ação de protesto. Precedentes. Recurso de revista não conhecido." (RR-281-89.2015.5.19.0061, Ac. 2ª Turma, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, *in* DEJT 17.5.2019) (destaquei).

"RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO REGIONAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. 1. PRESCRIÇÃO. PROTESTO JUDICIAL. INTERRUPTIVO. NÃO CONHECIMENTO. I. O ajuizamento de protesto judicial interrompe tanto a prescrição bienal quanto a quinquenal. Julgados. II. Reiniciada a contagem da prescrição a partir da data do ajuizamento do protesto judicial, na forma do art. 202, parágrafo único (primeira parte), do Código Civil, os seus efeitos somente beneficiam reclamação trabalhista ajuizada pelo empregado no quinquênio. III. Acórdão regional que confirma a declaração de prescrição, porque não observado o quinquênio legal, revela-se em consonância com a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho. IV. Recurso de revista de que não se conhece." (RR-147-33.2015.5.19.0006, Ac. 4ª Tur-

ma, Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos, *in* DEJT 28.6.2019).

"I - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. PRESCRIÇÃO. PROTESTO INTERRUPTIVO. A discussão relativa à abrangência territorial da ação de protesto interruptivo da prescrição, à luz do artigo 16 da Lei nº 7.347/85, foi suscitada pela primeira vez nos autos em sede de recurso de revista, de modo que o Regional não foi instado a se pronunciar sobre a referida tese defensiva, a qual carece de prequestionamento, nos termos da Súmula 297 do TST. Vê-se, ainda, que o Regional patenteou a premissa de que o protesto ajuizado nos autos do processo nº 0000893-41.2015.5.10.0008 alcança tanto os empregados que foram enquadrados indevidamente no artigo 224, § 2º, da CLT, quanto aqueles que, 'mesmo se enquadrando nas hipóteses do citado dispositivo legal, tenham laborado além da 8ª (oitava) diária', caso do autor. Assim, o acolhimento da tese recursal no sentido de que o protesto interruptivo da prescrição não abrange a situação do reclamante esbarra no óbice da Súmula 126 do TST. Os arestos colacionados são inespecíficos, pois versam sobre de ação diversa da examinada nos presentes autos. Incide o teor da Súmula 296, I, do TST. Por fim, ao considerar o Regional que a



interrupção do fluxo prescricional abarca a prescrição parcial, considerando a data do ajuizamento do protesto como marco inicial da prescrição quinquenal das parcelas devidas, decidiu em consonância com a jurisprudência pacífica desta Corte Superior. Precedentes. Agravo de instrumento não provido. [...]” (ARR-441-17.2016.5.12.0048, Ac. 5ª Turma, Relator Ministro Breno Medeiros, *in* DEJT 4.10.2019) (destaquei).

“[...]. RECURSO DE REVISTA DO RECLAMADO. INTERRUPTÃO DA PRESCRIÇÃO. O entendimento desta Corte é no sentido de que o marco inicial para contagem do prazo prescricional deve ser a data de aforamento do protesto judicial. Assim, o protesto judicial interrompe o prazo prescricional, seja ele bienal, seja quinquenal. Isso é o que se depreende da Orientação Jurisprudencial 392 da SBDI-1 (redação vigente à época da interposição do apelo) e dos precedentes colacionados. Recurso de revista não conhecido. [...]” (ARR-1430-96.2013.5.03.0074, Ac. 6ª Turma, Relator Ministro Augusto César Leite de Carvalho, *in* DEJT 23.11.2018).

“[...]. II - AGRAVO DE INSTRUMENTO DO BANCO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 E DO NCPC – [...]. PROTESTO JU-

DICIAL - INTERRUPTÃO DAS PRESCRIÇÕES BIENAL E QUINQUENAL O protesto judicial interrompe tanto a prescrição bienal quanto a quinquenal, de maneira que o marco inicial para contagem do quinquênio prescricional deve ser a data do ajuizamento do protesto. Julgados. [...]” (ARR-20691-86.2014.5.04.0752, Ac. 8ª Turma, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, *in* DEJT 13.9.2019).

Na hipótese vertente, o protesto judicial foi distribuído em 8.2.2010, ao passo que a presente reclamação trabalhista somente foi ajuizada em 27.2.2016, restando inócua a interrupção ocorrida, porquanto ultrapassado o quinquênio. Nessa esteira, prescritas as pretensões da reclamante anteriores a 27.2.2011.

Na presença de situação moldada ao art. 896, § 7º, da CLT e à Súmula 333/TST, impossível pretender-se o processamento do recurso de revista.

**CEF. HORAS EXTRAS. ADE-SÃO AOS PCS/1998 E ESU/2008. GERENTE GERAL. INAPLICABILIDADE DA NORMA MAIS BENÉFICA QUE ESTABELECE JORNADA DE SEIS HORAS POR AUSÊNCIA DE PREVISÃO EXPRESSA.**

O Tribunal Regional, no aspecto, reformou a r. sentença, sob os seguintes fundamentos,

transcritos no recurso de revista (art. 896, § 1º-A, I, da CLT – fls. 2.785-PE e 2.790/2.791-PE):

**“b) jornada:**

O MM. Juízo de origem sustentou inexistir direito adquirido à jornada de seis horas diárias para o exercício de gerência geral, embora assim considerando que o normativo interno então vigente fixava a jornada de oito horas e não a incidência do artigo 62, II, da CLT, pelo que deferidas como extras as horas laboradas além da oitava.

A Reclamante insiste que faria jus a jornada de seis horas pelo cargo gerencial exercido e assim postulando sejam deferidas outras duas horas como extras.

A Reclamada, a seu turno, sustenta que até 31/12/1986 a jornada na empresa estatal era de oito horas para os exercentes de comissionamento, mas que, a partir das alterações normativas internas, estabeleceu-se o enquadramento segundo os ditames do artigo 224, ‘caput’ e parágrafos, ou do artigo 62, da CLT, pelo que, para o exercício de função gerencial geral, não havendo controle de jornada, não se há como manter a condenação em horas extras contida na sentença.

A discussão de jornada envolve trato sucessivo e enuncia que a jornada regulada internamente apenas persiste em relação a funções comissionadas enquanto exercidas, passando a regular as seguintes, segundo a dicção da norma de

regência ao tempo da assunção, no que se preserva o direito adquirido apenas enquanto exercida a função segundo o contorno do contrato ao tempo da assunção e não na premissa de inalterabilidade eterna em havendo contorno diverso para a função comissionada, assim sendo outra a exercida, em tempo seguinte, já sob as premissas vigentes ao tempo da designação aceita.

Não persiste, portanto, a invocação obreira de que teria direito adquirido a laborar apenas em regime de seis horas, mesmo sob comissionamento, porque a assunção do encargo se regula pelo contido no artigo 62 ou no artigo 224 da CLT e não, ao tempo da designação, por norma interna já antes revogada, aplicável apenas enquanto não alterada a função e, ainda assim sob certos termos, também não cabendo, na análise do pedido recursal sucessivo, situar o cargo máximo no nível da agência da CEF, assim de gerente-geral de agência, como enquadrado no artigo 224, § 2º, da CLT, e sim no artigo 62 consolidado em razão da gestão diferenciada e falta de controle de jornada, pelo que nego provimento ao recurso obreiro.

Com relação ao recurso patronal, a função de gerente geral de agência, sob discussão, envolve atuação em nível diferenciado e sem controle de jornada, como efetivo preposto máximo da empresa no âmbito da agência, com os contor-

nos próprios do artigo 62, II, da CLT, pela inequívoca atuação em gestão diferenciada e com remuneração compatível com o encargo assumido, pelo que não se há que falar em horas extras no período do exercício pertinente, conforme a jurisprudência acerca da função máxima em nível de gerência da Reclamada, na análise dos normativos internos e da prova que enuncia não ter havido desvio em relação ao exigível, pelo que dou provimento ao recurso patronal para julgar improcedentes os pedidos de horas extras e reflexos, assim como de intervalos intrajornadas (porquanto inexistindo controle da jornada em si, os intervalos igualmente se inserem no controle exclusivo do próprio obreiro), restando prejudicados os demais pedidos recursais sucessivos pertinentes à jornada, deduzidos num e noutro apelo.”

Instada por meio de embargos declaratórios, a Corte de origem assim decidiu (art. 896, § 1º-A, I, da CLT - fls. 2.785/2.786-PE):

“A Reclamante, no tema das horas extras, alega omissão e contradição quanto à tese de suposta adesão ao PCS/1998 e ao ESU/2008, negada pela obreira.

Com a devida vênia, o fato da Reclamante salientar não ter aderido ao PCS/1998 ou ao ESU/2008 é irrelevante porque em nenhum momento o exame da jornada aplicável se perfez sob o modelo de quais-

quer dos regulamentos referidos, mas na consideração, expressa, de incidência do artigo 62/CLT.

Ou seja, o acórdão não precisava enunciar haver ou não adesão obreira ao PCS/1998 ou ao ESU/2008 se nenhuma consequência do julgado se perfez sob os regramentos referidos, no que inócua a discussão.

Obviamente, também, se não há efeitos decorrentes das normas internas referidas, e revela-se, repita-se, a discussão sobre adesão ou não a novos regramentos que não servem ao julgado, contido apenas na análise suficiente dos preceitos legais que regem a matéria, não há omissão acerca de análise sob o manto do artigo 468 da CLT ou da Súmula 51/TST, já que não se discutem efeitos de adesão ou não a tais normativos internos.

Não há omissão onde não há aspecto possível de exame, nem emerge, sob qualquer viés, a contradição alegada nos embargos.

Rejeito.”

Em suas razões de revista, a reclamante insiste no pedido de condenação da reclamada ao pagamento de horas extras a partir da sexta hora trabalhada, ou, sucessivamente, a partir da oitava hora, ao fundamento de que o PCS/89 lhe assegura direito tal jornada. Sustenta que **“não exerceu efetivamente qualquer cargo de confiança, devendo ser**

**enquadrada no disposto pelo art. 224, caput, da norma celetista, ou, ainda, pelo princípio da eventualidade, na exceção do art. 224, §2º, da CLT”** (fl. 2.795-PE). Indica maltrato aos arts. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, 62, II, 224, “caput” e § 2º, 468 e 818 da CLT e 373, I, do CPC, além de contrariedade às Súmulas 51, I, e 102, I, do TST. Colaciona arestos.

À análise.

Tal como se extrai do acórdão regional, restou comprovado que a autora exercia cargo de gestão, sendo a autoridade máxima da agência, estando inserida na hipótese do inc. II do art. 62 da CLT (Súmula 126/TST).

Como autoridade máxima da agência, ocupante de cargo de gestão, nos termos do art. 62, II, da CLT, a reclamante pode ser enquadrada como gerente geral, ainda que a denominação de seu cargo não seja essa.

Fixada essa premissa, aplica-se o entendimento desta Subseção, decidido em composição completa, no sentido da inaplicabilidade da norma benéfica que previu jornada de seis horas para cargos gerenciais ao gerente geral, por ausência de previsão expressa. Transcrevo:

“CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS DE 1989. HORAS EX-

TRAS. GERENTE-GERAL DE AGÊNCIA. INAPLICABILIDADE DA NORMA BENÉFICA QUE PREVIU JORNADA DE 6 HORAS. Trata-se de caso que envolve a interpretação de norma interna da Caixa Econômica Federal - item 8 do Anexo II PCS de 1989, que fixa para os ‘gerentes’ a jornada normal de 6 horas, posteriormente alterado pelo item 12.1.1 do PCC de 1998, segundo o qual o mesmo limite seria aplicável de forma genérica aos ‘ocupantes de cargos em composição de gerência, assessoramento (exceto secretário nível 8) e de assessoramento estratégico’. A controvérsia reside na sua aplicação ao gerente-geral de agência, submetido ao comando normativo do artigo 62, II, da CLT, diante das características inerentes ao cargo, relacionadas ao fato de ser a autoridade maior da agência, exercer relevantes poderes de mando e representação do empregador e, por conseguinte, não estar sujeito à limitação de jornada. A reconstituição histórica dos fatos permite concluir que a norma em referência (item 8 do PCS de 1989) foi editada ao tempo da antiga redação da Súmula nº 287 (alterada em 21/11/2003), segundo a qual a limitação de jornada era aplicável ao cargo de gerência previsto no artigo 224, § 2º, da CLT. Posteriormente, esta Corte, por intermédio da Resolução nº 121/2003 e com o objetivo de distinguir os cargos de gerência enquadráveis nos dois dispositivos mencionados

(artigos 62, II, e 224, § 2º, da CLT), conferiu nova redação à mencionada Súmula e promoveu o cancelamento das Súmulas nos 237 e 238, neste caso para excluir o tesoureiro dessa condição. Assim, definiu-se que, em relação ao gerente-geral de agência, milita a presunção do exercício de cargo com amplos poderes de mando e representação, o que não ocorre com os demais exercentes de cargos de gerência, sujeitos ao limite diário de 8 horas. No caso da CEF, contudo, em virtude das normas mais benéficas por ela instituídas, referidas anteriormente, aplica-se o limite de 6 horas aos cargos de gerência, à exceção do gerente-geral de agência, que permanece vinculado à regra prevista no artigo 62, II, da CLT, pois são atribuições deste verificar diariamente o trabalho dos seus subordinados, fazer relatórios, fechar a agência, prestar informações à direção do Banco, dentre outras que demandam sua presença e coordenação. Por se tratar de norma alegadamente mais benéfica que aquela prevista em lei, seria necessário que fosse expressa em relação ao gerente-geral, o que, todavia, não ocorreu. A conclusão, portanto, é que o empregado da CEF investido nos poderes de mando e gestão e ocupante do cargo de gerente-geral de agência não faz jus à jornada de 6 horas prevista no PCS de 1989. Precedentes desta Subseção e de Turmas. Recurso de embargos conhecido e não provido.”

(E-ED-ARR-59-56.2012.5.12.0018, Ac. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Redator Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, *in* DEJT 26.4.2019) (destaquei).

Trago, ainda:

“RECURSO DE EMBARGOS EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO DE REVISTA REGIDO PELA LEI Nº 13.015/2014. [...] CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS DE 1989. HORAS EXTRAS. GERENTE-GERAL DE AGÊNCIA. INAPLICABILIDADE DA NORMA BENÉFICA QUE PREVIU JORNADA DE 6 HORAS. Trata-se de caso que envolve a interpretação de norma interna da Caixa Econômica Federal - item 8 do Anexo II PCS de 1989, que fixa para os ‘gerentes’ a jornada normal de 6 horas, posteriormente alterado pelo item 12.1.1 do PCC de 1998, segundo o qual o mesmo limite seria aplicável de forma genérica aos ‘ocupantes de cargos em composição de gerência, assessoramento (exceto secretário nível 8) e de assessoramento estratégico’. A controvérsia reside na sua aplicação ao gerente-geral de agência, submetido ao comando normativo do artigo 62, II, da CLT, diante das características inerentes ao cargo, relacionadas ao fato de ser a autoridade maior da agência, exercer relevantes poderes de mando e representação do empregador e, por consequente, não estar sujeito à limitação de jornada. A reconstituição históri-

ca dos fatos permite concluir que a norma em referência (item 8 do PCS de 1989) foi editada ao tempo da antiga redação da Súmula nº 287 (alterada em 21/11/2003), segundo a qual a limitação de jornada era aplicável ao cargo de gerência previsto no artigo 224, § 2º, da CLT. Posteriormente, esta Corte, por intermédio da Resolução nº 121/2003 e com o objetivo de distinguir os cargos de gerência enquadráveis nos dois dispositivos mencionados (artigos 62, II, e 224, § 2º, da CLT), conferiu nova redação à mencionada Súmula e promoveu o cancelamento das Súmulas nos 237 e 238, neste caso para excluir o tesoureiro dessa condição. Assim, definiu-se que, em relação ao gerente-geral de agência, milita a presunção do exercício de cargo com amplos poderes de mando e representação, o que não ocorre com os demais exercentes de cargos de gerência, sujeitos ao limite diário de 8 horas. No caso da CEF, contudo, em virtude das normas mais benéficas por ela instituída, referidas anteriormente, aplica-se o limite de 6 horas aos cargos de gerência, à exceção do gerente-geral de agência, que permanece vinculado à regra prevista no artigo 62, II, da CLT, pois são atribuições deste verificar diariamente o trabalho dos seus subordinados, fazer relatórios, fechar a agência, prestar informações à direção do Banco, dentre outras que demandam sua presença e coordenação. Por se tratar de norma alegadamente mais benéfica que aquela prevista

em lei, seria necessário que fosse expressa em relação ao gerente-geral, o que, todavia, não ocorreu. A conclusão, portanto, é que o empregado da CEF investido nos poderes de mando e gestão e ocupante do cargo de gerente-geral de agência não faz jus à jornada de 6 horas prevista no PCS de 1989. Precedentes desta Subseção e de Turmas. Pedidos de pagamento das 7ª e 8ª horas e do respectivo intervalo intrajornada julgados improcedentes. [...]. Recurso de embargos não conhecido." (E-ED-RR-1277-46.2010.5.04.0331, Ac. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, *in* DEJT 29.11.2019).

"AGRAVO REGIMENTAL. EMBARGOS EM RECURSO DE REVISITA. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. HORAS EXTRAS. CARGO DE CONFIANÇA. GERENTE - GERAL DE AGÊNCIA. PODERES DE MANDO E GESTÃO. SÚMULA 287/TST. 1. A Turma adotou entendimento segundo o qual, para o enquadramento como gerente geral, nos termos do art. 62, inciso II, da CLT, basta que o empregado seja a autoridade máxima da agência. Nesse contexto, longe de contrariar a Súmula 287/TST, a Turma conferiu-lhe correta aplicação, na medida em que o verbete em questão dispõe expressamente que, no caso do gerente - geral de agência, presume-se o encargo de gestão. 2. Outrossim, restou registrado na decisão recorrida que nos termos do acórdão regio-

nal, não se aplica ao caso a OC DIRHU 009/88, com relação à jornada de seis horas para gerente, tendo em vista que o cargo de gerente, ao qual era garantida a jornada de seis horas, é diverso do cargo de gerente geral, que foi exercido pelo reclamante durante todo o período não atingido pela prescrição pronunciada pela sentença. Nesse contexto, não prospera o argumento de contrariedade ao item I da Súmula 51 do TST, que trata da aplicabilidade no tempo das normas regulamentares que alterem ou revoguem vantagens, na medida em que enfatizado pela Turma que o Regulamento em debate era inaplicável ao empregado, porquanto o cargo exercido por ele era de gerente - geral, e não de gerente. Logo, a Súmula 51 é inespecífica. 3. Por fim, considerando que parte dos arestos indicados à divergência é inválida, e que os demais são inespecíficos, uma vez que não partem das mesmas premissas fáticas, conclui-se que deve ser mantida a decisão que denegou seguimento ao recurso de embargos. Agravo regimental conhecido e desprovido." (AgR-E-ED-RR-19200-96.2008.5.04.0641, Ac. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, *in* DEJT 12.12.2014).

"[...]. 4. JORNADA DE SEIS HORAS PARA OCUPANTES DE CARGO DE GERÊNCIA E COMISSIONADOS. JORNADA DIFERENCIADA INSTITUÍDA

POR NORMA INTERNA DA CEF (OC DIRHU 009/88) VIGENTE À ÉPOCA DA ADMISSÃO DA AUTORA. EXERCÍCIO DE CARGO GERENCIAL/COMISSIONADO NA VIGÊNCIA DE NOVO REGULAMENTO, QUE PREVÊ JORNADA DE 8 HORAS PARA OCUPANTES DE CARGOS GERENCIAIS. INAPLICABILIDADE AOS OCUPANTES DE CARGO DE GERENTE GERAL. ART. 62, II, DA CLT. SÚMULA 287/TST. 4.1 É incontroverso nos autos que a Reclamante ocupou o cargo de Gerente Geral durante todo o período imprescrito. 4.2 A Corte de origem assinalou que a norma interna da CEF, em vigor à época em que a Autora foi admitida, garantia a jornada de seis horas para as funções comissionadas, inclusive aos gerentes. 4.3 Para este Relator, independentemente da natureza jurídica do cargo gerencial ocupado pelo empregado, referida norma interna consubstanciou-se em uma garantia de observância à jornada reduzida de seis horas para os empregados que exercessem a função de cargos comissionados, tratando-se, portanto, de norma mais benéfica. Assim, as diretrizes nela contidas se integraram ao contrato de trabalho dos empregados admitidos na vigência da norma regulamentar, na forma do art. 468 da CLT e da Súmula 51 do TST. Com efeito, é certo que os dispositivos do regulamento empresarial ingressam nos contratos individuais de trabalho como se fossem cláusulas, razão pela qual não



podem ser suprimidos da esfera jurídica dos empregados, ainda que alterado o seu conteúdo. Como cláusulas contratuais, aplica-se-lhes o disposto no artigo 468 da CLT, entendimento já sedimentado na Súmula 51, I, do TST. Na visão deste Relator, incide, assim, o princípio da inalterabilidade contratual lesiva. 4.4 Todavia, à luz do entendimento firmado por esta 3ª Turma do TST, a previsão da jornada de seis horas na OC DIRHU 009/88 e no PCS/89 se restringe aos bancários que se enquadram no art. 224, § 2º, da CLT, não alcançando os empregados ocupantes do cargo de Gerente Geral - caso dos autos -, aos quais se aplicam o art. 62, II, da CLT. Recurso de revista desprovido no particular." (RR-2319-95.2014.5.02.0089, Ac. 3ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, *in* DEJT 12.4.2019).

"RECURSO DE REVISTA. GERENTE-GERAL. HORAS EXTRAS. ADMISSÃO SOB A VIGÊNCIA DO PCS/89. INAPLICABILIDADE DA NORMA BENÉFICA QUE PREVIU JORNADA DE SEIS HORAS EXTRAS. ADMISSÃO SOB A VIGÊNCIA DO PCS/89. INAPLICABILIDADE DA NORMA BENÉFICA QUE PREVIU JORNADA DE SEIS HORAS. A SBDI-1 do TST firmou o entendimento de que o gerente-geral de agência da CEF admitido na vigência do Plano de Cargos e Salários de 1989 não tem direito à jornada de seis horas prevista no regulamento, por ausência de

expressa referência na norma benéfica, que deve ser interpretada restritivamente. Recurso de revista conhecido e provido, no particular." (RR-10285-62.2012.5.04.0271, Ac. 1ª Turma, Relator Ministro Walmir Oliveira da Costa, *in* DEJT 6.9.2019).

"CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. ADESÃO AO NOVO PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. IMPLEMENTAÇÃO DA ESTRUTURA SALARIAL UNIFICADA DE 2008. SÚMULA Nº 51, ITEM II, DO TST. Nos termos do acórdão regional, os autores, a despeito de denunciarem que a adesão ao PCS/2008 foi imposta pela reclamada, não trouxeram nenhuma prova nesse sentido nem há nos autos nenhum indício de vício de consentimento na adesão feita pelos reclamantes. Quanto ao tema em discussão, a jurisprudência desta Corte vem sedimentando entendimento de que a adesão à nova estrutura salarial prevista no PCS de 2008 da CEF, de forma voluntária, inexistindo prova de vício de consentimento, é perfeitamente válida, em face do que preceitua a Súmula nº 51, item II, segundo a qual, havendo a coexistência de dois regulamentos da empresa, a opção do empregado por um deles tem efeito jurídico de renúncia às regras do outro sistema. Recurso de revista não conhecido." (RR-69-10.2013.5.07.0017, Ac. 2ª Turma, Relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, *in* DEJT 18.9.2015).



“[...] 2. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS DE 1989. HORAS EXTRAS. GERENTE-GERAL DE AGÊNCIA. CONHECIMENTO E PROVIMENTO. I. A Corte Regional consignou que ‘como gerente geral de agência, o autor pode ser considerado como empregado detentor de fidedúcia especial’. Entretanto, destacou que ‘o caso em exame apresenta a particularidade - já conhecida deste Regional - consistente na existência de norma interna da ré, prevendo jornada de 6 horas, desimportando o exercício de funções de confiança ou cargos gerenciais’. No aspecto, pontuou, ainda, que após a admissão do Autor, ‘passou a vigorar o OC DIRHU 009/1988 (...), que estabelecia o cumprimento de jornada de trabalho de 06 (seis) horas para os empregados da CEF (...), independentemente da função exercida, sendo incluídos nesta jornada, também, os exercentes de funções gerenciais’. II. Na oportunidade do julgamento do E-ED-ARR-59-56.2012.5.12.0018, a SBDI-1 do TST decidiu que ‘em relação ao gerente-geral de agência, milita a presunção do exercício de cargo com amplos poderes de mando e representação, o que não ocorre com os demais exercentes de cargos de gerência, sujeitos ao limite diário de 8 horas. No caso da CEF, contudo, em virtude das normas mais benéficas por ela instituída, referidas anteriormente, aplica-se o limite de 6 horas aos cargos de gerência, à ex-

ceção do gerente-geral de agência, que permanece vinculado à regra prevista no artigo 62, II, da CLT, pois são atribuições deste verificar diariamente o trabalho dos seus subordinados, fazer relatórios, fechar a agência, prestar informações à direção do Banco, dentre outras que demandam sua presença e coordenação. Por se tratar de norma alegadamente mais benéfica que aquela prevista em lei, seria necessário que fosse expressa em relação ao gerente-geral, o que, todavia, não ocorreu. A conclusão, portanto, é que o empregado da CEF investido nos poderes de mando e gestão e ocupante do cargo de gerente-geral de agência não faz jus à jornada de 6 horas prevista no PCS de 1989’. III. Recurso de revista de não se conhece e a que se dá provimento.” (RR-10174-80.2012.5.04.0141, Ac. 4ª Turma, Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos, *in* DEJT 28.6.2019).

“RECURSO DE REVISTA. REGIDO PELA LEI 13.015/2014. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL (CEF). BANCÁRIO. EXERCÍCIO DE CARGO DE CONFIANÇA. ARTIGO 224, § 2º, DA CLT. NOVO PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. ALTERAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO DE SEIS PARA OITO HORAS DIÁRIAS. PAGAMENTO DAS 7ª E 8ª HORAS TRABALHADAS COMO EXTRAS. SÚMULA 51, I, DO TST. 1. Caso em que houve alteração da jornada diária de trabalho do Reclamante de seis para oito horas, em razão do novo plano de cargos

e salários instituído pela Caixa Econômica Federal (PCS/98). 2. O entendimento que prevalece nesta Corte Superior é o de que a norma interna da CEF (PCS/89), vigente na data de admissão do Autor, assegurava a jornada de seis horas aos empregados ocupantes de cargos de gerência, função desempenhada pelo Agravante. Em se tratando, pois, de norma mais benéfica, incorpora-se ao patrimônio jurídico do empregado, nos termos da Súmula 51, I, do TST, o que afasta a aplicação da jornada de oito horas prevista no PCC/98. 3. Cumpre registrar que a SBDI-1 deste TST, no recente julgamento do processo E-ED-ARR- 59-56.2012.5.12.0018, por meio do acórdão da lavra do Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, Redator Designado, publicado no DEJT de 26/04/2019, consignou que ‘No caso da CEF, contudo, em virtude das normas mais benéficas por ela instituída, referidas anteriormente, aplica-se o limite de 6 horas aos cargos de gerência, à exceção do gerente-geral de agência, que permanece vinculado à regra prevista no artigo 62, II, da CLT, pois são atribuições deste verificar diariamente o trabalho dos seus subordinados, fazer relatórios, fechar a agência, prestar informações à direção do Banco, dentre outras que demandam sua presença e coordenação. Por se tratar de norma alegadamente mais benéfica que aquela prevista em lei, seria necessário que fosse expressa em relação ao gerente-geral, o que, todavia, não ocor-

reu. A conclusão, portanto, é que o empregado da CEF investido nos poderes de mando e gestão e ocupante do cargo de gerente-geral de agência não faz jus à jornada de 6 horas prevista no PCS de 1989’. 4. A conclusão do Tribunal Regional, no sentido de que o Autor não faz jus à percepção da 7ª e 8ª horas, como extras, em razão de sua adesão ao novo PCS/98, encontra-se dissonante do entendimento que prevalece nesta Corte Superior. Divergência jurisprudencial configurada. Recurso de revista conhecido e provido.” (RR-144-59.2013.5.09.0125, Ac. 5ª Turma, Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues, *in* DEJT 27.9.2019).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA DO AUTOR EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. HORAS EXTRAS. JORNADA DE SEIS HORAS PARA CARGOS GERENCIAIS. 7ª E 8ª HORAS TRABALHADAS. OC. DIRHU 009/1988. ALTERAÇÃO CONTRATUAL LESIVA. Agravo de instrumento a que se dá provimento para determinar o processamento do recurso de revista, em face de haver sido demonstrada possível afronta ao artigo 51, I, da CLT. RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. HORAS EXTRAS. JORNADA DE SEIS HORAS PARA CARGOS GERENCIAIS. 7ª E 8ª HORAS TRABALHADAS. OC. DIRHU 009/1988. ALTERAÇÃO CONTRATUAL LESIVA. As

vantagens instituídas no Ofício-Circular DIRHU nº 009/1988 - entre as quais se encontra a garantia da jornada de seis horas para os empregados detentores de cargo de confiança (artigo 224, § 2º, da CLT) - se incorporaram ao patrimônio jurídico do trabalhador, de modo que posterior modificação terá o condão de atingir apenas aqueles admitidos após a instituição das novas regras (Súmula nº 51, I, do TST e artigo 468 da CLT). Outrossim, o fato de o autor não ter sido detentor de cargo em comissão na vigência da referida norma não afasta, por si só, a aplicação da jornada reduzida em casos de assunção posterior de função gerencial, uma vez que, como dito, o direito, em abstrato, já foi agregado à esfera jurídica do trabalhador, vindo a surtir efeitos no momento em que se manifeste o seu fato gerador. Todavia, é preciso esclarecer que, consoante já decidido por esta Corte Superior, deve ser concedida interpretação restritiva à referida previsão contida no Plano de Cargos e Salários (instituído pelo Ofício-Circular DIRHU nº 009/88), no sentido de aplicar a jornada de seis horas apenas aos cargos de gerência abarcados pela hipótese do artigo 224, § 2º, da CLT. Isso porque, há disposição anterior na CLT e entendimento do TST que exclui o gerente-geral de agência das regras atinentes à duração do trabalho, de modo que sua inclusão em normas que versem sobre

a matéria dependeria de previsão expressa (artigo 114 do Código Civil). Decisão reformada. Recurso de revista conhecido e provido." (RR-4-17.2011.5.04.0551, Ac. 7ª Turma, Relator Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, *in* DEJT 13.9.2019).

"[...]. II - RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 E DO NCP - HORAS EXTRAS - BANCÁRIO - CARGO DE GERENTE DE RELACIONAMENTOS E **GERENTE-GERAL - ART. 62, II, DA CLT** - PREVISÃO DE JORNADA LIMITADA A 6 (SEIS) HORAS NO PCS/1989 - INAPLICABILIDADE 1. A jurisprudência desta Eg. Corte reconhece o direito à jornada mais benéfica prevista em norma regulamentar aos empregados, mesmo que haja disposição legal com durações mais amplas do trabalho. Precedentes. 2. Excetua-se, na hipótese, os períodos em que a Empregada atuou como gerente-geral de agência bancária, que, por força da presunção de exercício de encargo de gestão, não está sujeito a controle de jornada, razão de não lhe ser assegurado o pagamento de horas extras e demais repercussões. 3. Apenas na hipótese de previsão regulamentar expressa, atribuindo novo regramento à jornada de trabalho do gerente-geral, é que se poderá afastar o enquadramento no artigo 62, II, da CLT, tendo em vista que os negócios jurídicos benéficos devem ser interpretados estritamente, conforme determina o arti-

go 114 do Código Civil. Do exposto no acórdão regional, não é esta a situação dos autos. Julgado. Recurso de Revista conhecido e parcialmente provido.” (ARR-20357-92.2014.5.04.0771, Ac. 8ª Turma, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, *in* DEJT 28.6.2019) (destaquei).

Estando a decisão recorrida em conformidade com iterativa e notória jurisprudência desta Corte, incide o óbice do art. 896, § 7º, da CLT e da Súmula 333/TST.

**CTVA. BASE DE CÁLCULO. INCLUSÃO DE PARCELAS DE CARÁTER PERSONALÍSSIMO. NÃO VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.**

O Tribunal Regional negou provimento ao recurso ordinário da reclamante, sob os seguintes e sucintos fundamentos, transcritos nas razões de recurso de revista (art. 896, § 1º-A, I, da CLT - fls. 2.800/2.801-PE):

**“e) restituição de incidência de ats e vantagens pessoais na ctva:**

O MM. Juízo de origem declarou a ilegalidade, a partir da implantação do PCS/1998, da desconsideração do adicional por tempo de serviço e seus complementos, na forma de vantagens pessoais (vp) para o cálculo do CTVA, as denominadas rubricas 062 e 092 para VP-GIP, no que recorre a Reclamada para insistir que o

ajuste havido não poderia repercutir como pretendido pela Reclamante.

Com razão.

Conforme precedentes desta egrégia Segunda Turma Regional (dentre outros, RO-00558-2009-017-10-009, Rel. Des. João Amílcar, julgado em 15/10/2009, e RO-0001614-38.2011.5.10.0006, Rel. Des. Alexandre Nery de Oliveira, julgado em 23/05/2012), não se há que falar em integração das discutidas rubricas 062 e 092 enunciadas como vantagens pessoais, sob regime antecedente, porque houve deslocamento para rubrica diversa a resultar indevida a pretensão de repetição.

Mais recentemente, reafirmou-se a referida posição:

‘EMENTA: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL: PARCELA VP-GIP: VANTAGENS PESSOAIS (RUBRICAS 062 E 092): PEDIDO DE DIFERENÇAS E REFLEXOS POR INCLUSÃO EM CARGOS EM COMISSÃO E CTVA: CORRETA INTEGRAÇÃO: SIMPLES DESLOCAMENTO E NÃO SUPRESSÃO: IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO EXORDIAL. Recurso sindical conhecido e desprovido.’ TRT - 10ª Região - 2ª Turma Relator Desembargador Alexandre Nery de Oliveira RO-0002344-16.2016.5.10.0801

Julgado em 29/11/2017.

Não se verifica, portanto, nem o desconto da rubrica nem a falta de regular observância do que decorrente do deslocamento para nova rubrica, como vantagem pessoal, pelo que dou provimento ao apelo patronal

para julgar improcedente o pedido obreiro.”

Insurge-se a autora, sustentando que **“o cálculo do CTVA, mesmo variável em função do piso de mercado, não pode excluir o direito às vantagens remuneratórias de caráter pessoal, previstas no normativo interno, que asseguram àqueles com mais tempo de serviço um plus remuneratório distintivo”** (fl. 2.803-PE). Ressalta que **“a dedução do ATS e das vantagens pessoais decorrentes do tempo de serviço na fórmula que apura o CTVA confere ao empregado com maior tempo de serviço um valor de gratificação de função, sob a rubrica de CTVA, inferior ao pago àqueles com menos tempo de casa, construindo uma situação absolutamente anti-isonômica”** (fl. 2.804-PE). Aponta violação do art. 5º, XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal e contrariedade à Súmula 51 do TST.

Sem razão.

Discute-se se a forma de cálculo da CTVA estabelecida pela CEF – CTVA = piso de mercado - salário (incluindo vantagens pessoais) viola o princípio da igualdade substancial.

A natureza variável e transitória da parcela CTVA está intrinsecamente atrelada à própria finalidade da sua institui-

ção, qual seja, igualar, com base em critérios objetivos, o padrão salarial dos empregados da CEF aos valores praticados pelo mercado, complementando sua remuneração quando essa for inferior ao piso de referência do mercado.

Assim, sendo características regulamentares do CTVA a transitoriedade e a variabilidade, não se verificando o desnível que enseja a percepção da parcela, seu valor pode sofrer redução ou até mesmo supressão.

Trata-se de norma benéfica ao empregado. Não há que se falar ser um resultado constitucionalmente inadmissível **“quando houver esta situação de pessoas que artificialmente acabarão recebendo o mesmo valor de outros empregados que têm menos vantagens ditas personalíssimas por mérito maior ou menor de cada um deles”**.

Ao contrário, a alteração da norma, por decisão judicial, é que provocaria insegurança e variações dentro de cada agência, uma vez que a pretensão de exclusão das parcelas ATS e VPs, que não têm natureza constitucional ou legal, do cálculo do CTVA, desvirtuaria o regulamento da CEF.

Na hipótese, está-se tratando desigualmente os desiguais para que se alcance a isonomia. É incontroverso, nos autos, que a diferença ocorre em função

da percepção de salários desiguais. É incontroverso ainda que as gratificações de função pagas eram iguais. E é também incontroverso que o CTVA, regulamentarmente, é parcela variável.

Explico. O que aconteceria no caso de acolher-se a pretensão? Na verdade, empregados da Caixa Econômica Federal que estivessem em situações funcionais iguais em um dado momento, em função da percepção de parcelas personalíssimas iguais, passariam a perceber o CTVA em valor superior àquele paradigma. Assim, a parcela CTVA, que, por si, é variável, passaria a um parâmetro diverso daquele fixado em regulamento e seria paga em valor superior àqueles que tenham maior salário, embora em mesma função gratificada de seus pares aqui tomados como paradigmas.

Quanto ao tema, colaciono os seguintes precedentes desta Corte:

“AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA - REGÊNCIA PELA LEI Nº 13.015/2014 - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL (CEF). COMPLEMENTO TEMPORÁRIO VARIÁVEL DE AJUSTE DE MERCADO (CTVA). SUPRESSÃO. POSSIBILIDADE. ART. 894, § 2º, DA CLT. Inviável o processamento do recurso de embargos quando constatada a conformidade do acórdão turmário com a jurisprudência deste

Tribunal, firme no sentido de que, dado o caráter temporário e variável da parcela ‘CTVA’, é possível sua redução ou supressão à medida que majorado o salário do empregado. Incidência do óbice previsto no artigo 894, § 2º, da CLT. Agravo regimental a que se nega provimento.” (AgR-E-RR-10756-72.2015.5.18.0016, Ac. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Relator Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, *in* DEJT 19.12.2017).

“I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. CTVA. BASE DE CÁLCULO. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. Diante de possível violação do artigo 5º, caput, da Constituição Federal, deve-se dar provimento ao agravo de instrumento para melhor exame do recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. II - RECURSO DE REVISTA. CTVA. BASE DE CÁLCULO. EQUIPARAÇÃO SALARIAL. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. O entendimento pacificado nesta Corte Superior é de que os valores pagos a título da parcela CTVA podem variar de um empregado para outro, não configurando afronta ao princípio da isonomia, já que na base de cálculo da referida parcela são deduzidas verbas de caráter personalíssimo. Precedentes. Recurso de revista conhecido por violação do artigo 5º, caput, da Constituição Federal e provido.” (RR-222-05.2017.5.10.0022, Ac. 3ª Turma, Relator Ministro Ale-



xandre de Souza Agra Belmonte, *in* DEJT 21.2.2020).

“[...]. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DAS LEIS Nos 13.015/2014 E 13.105/2015 E ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. PARCELA CTVA. FORMA DE CÁLCULO. VALOR. AUSÊNCIA DE MALTRATO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA SALARIAL. 1. O princípio da igualdade não impede que se atribua tratamento desigual a situações fáticas distintas. Nessa esteira, a adoção de critérios objetivos, longe de caracterizar afronta ao princípio isonômico, tem o nítido condão de estimular o tratamento igualitário entre os trabalhadores. 2. Assim, estabelecida pela empregadora vantagem salarial com base em critérios objetivos, tem-se que o pretense discrimen adotado é perfeitamente justificável, não configurando ofensa ao princípio da igualdade. 2.3. Por outra face, a natureza variável e transitória da parcela CTVA está intrinsecamente atrelada à própria finalidade da sua instituição, qual seja, igualar o padrão salarial dos empregados da CEF aos valores praticados pelo mercado, complementando sua remuneração quando essa for inferior ao piso de referência do mercado. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido.” (RR-1619-42.2016.5.10.0020, Ac. 3ª Turma, Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, *in* DEJT 9.11.2018).

“RECURSO DE REVISTA. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. CTVA.

DIFERENÇAS. ISONOMIA. EMPREGADOS QUE EXERCEM A MESMA FUNÇÃO GERENCIAL. DEDUÇÃO DE VERBAS PESSONALÍSSIMAS. Nos termos da norma interna da CEF a base de cálculo do Complemento Temporário Variável de Ajuste de Mercado - CTVA, é constituída pela diferença entre o Valor de Piso de Referência do Mercado (VPRM) e o somatório das parcelas (salário padrão + adicional por tempo de serviço + vantagem pessoal + valor de gratificação). A variação da parcela CTVA, portanto, que redundava em valores diferentes de um para outro empregado, é válida e não caracteriza ofensa aos princípios da isonomia, da inalterabilidade contratual lesiva e da irredutibilidade salarial. Precedentes desta Corte. Recurso de Revista conhecido e não provido.” (RR-240-08.2016.5.10.0007, Ac. 1ª Turma, Relator Desembargador Convocado Roberto Nobrega de Almeida Filho, *in* DEJT 15.10.2018).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. LEI 13.015/2014. PARCELA CTVA. COMPLEMENTO TEMPORÁRIO VARIÁVEL DE AJUSTE. EMPREGADOS DA MESMA LOCALIDADE. REMUNERAÇÃO GLOBAL IDÊNTICA. A parcela CTVA (Complemento Temporário Variável de Ajuste de Mercado) instituída pela CEF foi criada com base em critérios objetivos, levando em consideração uma série de diferenças, com o intuito de complementar a remuneração dos

seus empregados, quando inferior ao valor do piso de referência de mercado. Portanto, na hipótese de existir dois empregados com remunerações diferentes devido às peculiaridades de cada realidade salarial, como tempo de serviço, por exemplo, o ajuste da remuneração de cada um ao piso de mercado deve ser diferenciado, uma vez que aquele que tem maior remuneração está mais próximo do piso de referência de mercado que o outro. Nesse contexto, igualar situações diversas desvirtuaria o propósito da referência parcelar, assim como instituiria vantagem aos empregados cujas verbas personalíssimas fossem maiores, sem que exista qualquer previsão no regulamento empresarial nesse sentido, o que certamente não se coaduna com o princípio da isonomia. Assim, como o TRT registra que não havia diferença no valor da gratificação pelo exercício do cargo em comissão entre o paradigma e a reclamante, mas apenas da parcela CTVA, a qual é calculada de maneira que ocupantes da mesma função percebam remuneração global idêntica, não se há falar em discriminação ou quebra do princípio da isonomia. Óbice da Súmula 333 do TST. Agravo de instrumento a que se nega provimento.” (AIRR-309-25.2016.5.10.0012, Ac. 2ª Turma, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, *in* DEJT 10.5.2019).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL.

CTVA. DIFERENÇAS. ISONOMIA. EMPREGADOS QUE EXERCEM A MESMA FUNÇÃO GERENCIAL. DEDUÇÃO DE VERBAS PERSONALÍSSIMAS. Demonstrada a divergência jurisprudencial, há de ser determinado o processamento do Recurso de Revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. RECURSO DE REVISTA. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. CTVA. DIFERENÇAS. ISONOMIA. EMPREGADOS QUE EXERCEM A MESMA FUNÇÃO GERENCIAL. DEDUÇÃO DE VERBAS PERSONALÍSSIMAS. Na presente Reclamação Trabalhista, o Reclamante pretende que lhe seja deferido o pagamento do CTVA em valor idêntico ao de outra empregada da CEF, sob o argumento de que, tendo o CTVA natureza jurídica de gratificação, não pode, pelo princípio da isonomia, perceber gratificação de função total menor (Gratificação de função + CTVA) do que outro empregado pelo exercício da mesma função. O CTVA - Complemento Temporário Variável de Ajuste foi criado pela CEF como sendo um ‘complemento variável estendido a todos os cargos comissionados da CEF, tendo direito a esta parcela o empregado que, após, designado para cargo em comissão, ainda permanecer com a remuneração abaixo do piso de mercado’. A base de cálculo do CTVA, nos termos da norma interna que a institui, é constituída pela diferença entre o Valor de Piso de Referência do Mercado (VPRM) e o somatório das par-



celas (salário padrão + adicional por tempo de serviço + vantagem pessoal + valor de gratificação). Pela própria diretriz e base de cálculo do CTVA especificada pela norma interna da CEF, verifica-se que o CTVA não tem um valor fixo e pode diferir de um empregado para outro, a depender do montante remuneratório que tenha que ser diminuído do valor referente ao VPRM. Não se pode pretender que, a título de isonomia salarial ou equiparação salarial, venha a ser deferido o mesmo valor de CTVA a todos os empregados, visto que, além de não ser esse o escopo para o qual foi criado o CTVA, estará o Poder Judiciário se imiscuindo na normatização interna da CEF, de forma a criar uma base de cálculo diversa da inicialmente estipulada. Recurso de Revista conhecido e não provido.” (RR-98-35.2015.5.10.0008, Ac. 4ª Turma, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, *in* DEJT 25.8.2017).

“RECURSO DE REVISTA DA RECLAMADA. DIFERENÇAS SALARIAIS. CTVA. BASE DE CÁLCULO. -ADICIONAL POR TEMPO DE SERVIÇO- E -VANTAGEM PESSOAL-. INCLUSÃO. Hipótese em que o TRT de origem defere diferenças salariais, ante a constatação de que a empregadora, na base de cálculo da gratificação CTVA, vantagem que resulta da diferença entre a remuneração do empregado e a gratificação instituída pelo regulamento empresarial, considerava a

remuneração da empregada acrescida das parcelas VP e ATS. Se é irrefragável que a jurisprudência desta Corte firmou o posicionamento no sentido de que não constitui ofensa ao princípio da isonomia o estabelecimento de diferentes gratificações para os empregados da CEF que detêm cargos em comissão ligados à carreira gerencial, em face das diferentes localidades em que se encontram, é igualmente correto afirmar-se que não constitui vulneração ao aludido princípio a fórmula prevista no regulamento de empresa que, para no cálculo da CTVA, considera a remuneração do empregado o montante que inclui as parcelas -adicional por tempo de serviço- e -vantagem pessoal-. Com efeito, consoante expressamente declina o acórdão recorrido, a fórmula de cálculo da CTVA verte-se nos seguintes termos:  $CTVA + VPRM - (SP + ATS + VP + VG)$ . As parcelas ATS e VG devem, pois, compor a remuneração do empregado para que se obtenha o valor do CTVA, ou seja, a vantagem em foco, resultante da diferença entre a remuneração que normalmente recebe empregado e o -PISO DE REFERÊNCIA DE MERCADO-, valor a ser atingido, quando em gestão do empreendimento desenvolvido pela demandada, em determinada região geográfica. Ainda que, mediante a fórmula instituída pelo regulamento de empresa, constate-se que quanto maior a remuneração do empregado, menor a gra-

tificação a auferir. Ocioso lembrar que os -negócios jurídicos benéficos interpretam-se estritamente-. Viola o artigo 114 do CCB decisão regional que, nessas circunstâncias, defere pedido de diferenças salariais, pela desconsideração das parcelas ATS e VP da base de cálculo da CTVA. Conhecido e provido." (RR-9900-09.2008.5.15.0026, Ac. 5ª Turma, Relator Ministro Emmanoel Pereira, *in* DEJT 26.11.2010).

" AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISITA LEI Nº 13.015/2014. LEI Nº 13.467/2017. INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 40 DO TST. RECLAMANTE. BASE DE CÁLCULO DO CTVA. EXCLUSÃO DE VANTAGENS PESSOAIS. CRITÉRIO OBJETIVO. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. 1 - Foi reconhecida a transcendência na forma autorizada pelo art. 896-A, § 1º, *caput*, parte final, da CLT (critério 'e outros'), uma vez que se mostrou aconselhável o exame mais detido da controvérsia devido às peculiaridades do caso concreto. 2 - A jurisprudência majoritária desta Corte (sete das oito Turmas) tem entendido que não afronta o princípio da isonomia o pagamento do CTVA menor para empregados que têm vantagens pessoais maiores, ainda que trabalhem em idênticas condições. Há julgados. 3 - O Complemento Temporário Variável de Ajuste ao Piso de Mercado - CTVA é um valor destinado a complementar a remuneração do empre-

gado ocupante de função gratificada ou cargo comissionado, quando sua remuneração for inferior ao do piso de referência do mercado, nos termos da norma interna da CEF (item 3.3.2. do RH 115). A norma visa a manter a remuneração dos empregados da CEF em valor compatível com o mercado de trabalho. 4 - Cada função de confiança possui um VPRM (piso de mercado) e um VG (Função Gratificada efetiva - FG) estipulados pela reclamada e com valores definidos no RH 115. Tais valores são fixos, de modo que todos os empregados que exercem a mesma função estão submetidos ao mesmo VPRM e recebem o mesmo VG (Função Gratificada efetiva - FG). Segundo essa mesma norma (item 3.3.2.1), o CTVA é calculado pela seguinte fórmula:  $CTVA = VPRM - (SP + ATS + VP + VG)$ , onde VPRM se refere ao valor do Piso de Referência de Mercado; SP, ao salário-padrão; ATS, ao adicional por tempo de serviço; VP, às vantagens pessoais; e VG ao valor da gratificação. 5 - Nesse contexto, na medida em que as parcelas personalíssimas tiverem montante maior (SP + ATS + VP + VG) o valor de CTVA para garantir o piso mínimo de mercado será menor. Porém, a exclusão das vantagens pessoais da base de cálculo do CTVA se justifica porque o próprio CTVA é vantagem pessoal, de maneira que é vedado o *bis in idem*. A jurisprudência da SBDI-I desta Corte é de que o CTVA inte-

gra a base de cálculo das vantagens pessoais. 6 - Trata-se de cláusula benéfica, que tem por objetivo estabelecer patamar remuneratório mínimo, agregando ao contrato de trabalho parcela antes inexistente. Constatando-se que o cálculo do CTVA observa parâmetros objetivos, estabelecendo diferenciação e não discriminação, não há que se cogitar de afronta ao princípio da isonomia. 7 - Diante desse contexto, com acréscimo de fundamentos, deve ser mantida a decisão monocrática. 8 - Agravo a que se nega provimento." (Ag-AIRR-1417-34.2017.5.10.0019, Ac. 6ª Turma, Relatora Ministra Kátia Magalhães Arruda, *in* DEJT 31.5.2019).

"[...]. II. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO REGIDO PELA LEI 13.015/2014. CEF. PARCELA CTVA. BASE DE CÁLCULO. DIFERENÇAS DE GRATIFICAÇÃO. DECISÃO REGIONAL BASEADA NA INTERPRETAÇÃO DE NORMA EMPRESARIAL. ARTIGO 896, 'b', DA CLT. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. 1. Caso em que o Reclamante insurge-se contra os critérios adotados pela Reclamada para o pagamento da parcela Complemento Variável Temporário de Ajuste de Mercado - CTVA, ao fundamento de que a utilização de parâmetros subjetivos ofende o princípio da isonomia. 2. Nesse contexto, em que a decisão regional fundou-se na interpretação de regulamento interno empresarial, a admissibilidade do Recurso de

Revista restringe-se à comprovação de dissenso jurisprudencial, pressuposto recursal atendido pela parte (CLT, art. 896, a e b). 3. Todavia, em que pese a comprovação do dissenso de teses, não há como concluir pela quebra de isonomia (salarial), uma vez que a referida parcela foi criada para ser um mecanismo remuneratório variável e flutuante, estendido a todos os cargos comissionados, com o objetivo de 'ajustar a remuneração dos respectivos funcionários aos valores de mercado', de modo que 'a empresa não perca quadros funcionais importantes para outros empregadores em razão de condições salariais mais vantajosas oferecidos pelo mercado de trabalho, sendo esta uma prática comum no âmbito das empresas privadas', tal como assentado no acórdão regional. Assim, longe de implicar 'tratamento anti-isonômico e discriminatório', os critérios adotados para o cálculo da CTVA constituem, antes, medida de reforço ao princípio da igualdade material, uma vez que, observadas as condições fáticas desiguais de cada empregado, busca-se o pagamento uniforme da aludida parcela, para que as remunerações finais dos empregados exercentes de mesma função sejam equalizadas aos valores pagos pelo mercado. Recurso de revista conhecido e não provido." (RR-1910-70.2014.5.10.0001, Ac. 7ª Turma, Relator Ministro Douglas Alencar Rodrigues, *in* DEJT 16.2.2018).

“RECURSO DE REVISTA INTER-POSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014 - DIFERENÇAS SALARIAIS. CTVA. BASE DE CÁLCULO. VANTAGENS PESSOAIS. A parcela denominada CTVA (Complemento Temporário Variável de Ajuste de Mercado) foi instituída pela CEF com a finalidade de complementar a remuneração de empregado ocupante de cargo de confiança, quando esta remuneração for inferior ao valor do Piso de Referência de Mercado, tendo por finalidade remunerar o empregado com valor compatível com o mercado de trabalho. Logo, a variação do CTVA é condizente com seu próprio nome e finalidade, sendo válida e não caracterizando ofensa ao princípio da isonomia. Recurso de revista conhecido e não provido.” (RR-1562-72.2016.5.10.0004, Ac. 8ª Turma, Relator Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, *in* DEJT 21.9.2018).

Na presença de situação moldada ao art. 896, § 7º, da CLT e à Súmula 333/TST, impossível o processamento do recurso de revista.

Mantenho o r. despacho agravado.

Em síntese e pelo exposto, conheço do agravo de instrumento e, no mérito, nego-lhe provimento.

Por tudo quanto dito, não cabe exame de transcendência.

## II - RECURSO DE REVISTA ADESIVO DA RECLAMADA.

Em face do desprovimento do agravo de instrumento da reclamante e conseqüente negativa de processamento do recurso de revista principal, prejudicada a análise do recurso de revista adesivo da reclamada (art. 997, § 2º, do CPC).

### ISTO POSTO

**ACORDAM** os Ministros da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do agravo de instrumento da reclamante e, no mérito, negar-lhe provimento. Por unanimidade, considerar prejudicada a análise do recurso de revista adesivo da reclamada, nos termos do art. 997, § 2º, do CPC.

Brasília, 6 de maio de 2020.

ALBERTO BRESCIANI, Ministro Relator .

# Tribunal Superior do Trabalho

**Adicional de incorporação. Cálculo. Média ponderada das gratificações. Súmula 372. Inaplicabilidade.<sup>1</sup>**

**ACÓRDÃO**  
**6ª Turma)**  
**GMACC/els/psc/dms/m**

**I - RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMANTE. ANTERIOR À LEI 13.015/2014. ADICIONAL DE INCORPORAÇÃO. PERCEPÇÃO DE FUNÇÕES DIVERSAS POR MAIS DE DEZ ANOS. PEDIDO DE MANUTENÇÃO DO VALOR INTEGRAL DA ÚLTIMA REMUNERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.**

Esta Corte tem reiteradamente decidido que o cálculo do adicional de incorporação que considera a média ponderada das gratificações percebidas nos últimos dez anos de exercício de funções gratificadas não contraria a Súmula 372 do TST e tampouco ofende o princípio da estabilidade financeira nela consagrado. Recurso de revista não conhecido.

**II - RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL.** Prejudicado o julgamento do recurso de revista da Caixa Econômica Federal, em face de regular desistência do recurso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista n° **TST-RR-4778-81.2012.5.12.0018**, em que é Recorrente **LUIZ JARBAS HAAG MARQUES** e Recorrida **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF**.

O Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, por meio do acórdão de fls. 1.000-1.012 (numeração de fls. verificada na visualização geral do processo eletrônico – “todos os PDFs” – assim como todas as indicações subsequentes), negou provimento aos recursos ordinários interpostos pelo reclamante e pela reclamada.

A reclamada interpôs recurso de revista às fls. 1.016-1.050, com fulcro no art. 896, alíneas *a*, *b* e *c*, da CLT.

O reclamante também interpôs recurso de revista, às fls. 1.052-1.066.

Os recursos foram admitidos às fls. 1.068-1.072.

Contrarrazões foi apresentada às fls. 1.076-1.091, pela reclamada.

A Caixa Econômica Federal interpôs recurso de revista ade-

<sup>1</sup> Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProcInt=2013&numProcInt=192440&dtaPublicacaoStr=04/09/2020%2007:00:00&nia=7526177>>.

sivo ao recurso interposto pelo reclamante, às fls. 1.092-1.103.

O reclamante apresentou contrarrazões ao recurso adesivo interposto pela reclamada, às 1.104-1.116.

O recurso de revista adesivo da reclamante teve seu seguimento denegado, com fundamento no princípio da unirre-corribilidade, à fl. 1.118.

Os autos não foram enviados ao Ministério Público do Trabalho, por força do artigo 95 do Regimento Interno do Tribunal Superior do Trabalho.

É o relatório.

RR-4778-81.2012.5.12.0018.  
DEJT 04/09/2020.

## VOTO

### I - RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMANTE

O recurso é tempestivo (fls. 1.014 e 1.016), subscrito por procurador regularmente constituído nos autos (fls. 14), e é regular o preparo.

Convém destacar que o apelo em exame não se rege pela Lei 13.015/2014, tendo em vista haver sido interposto contra decisão publicada em 11/06/2013, antes do início de eficácia da referida norma, em 22/9/2014.

### 1 - ADICIONAL DE INCORPORAÇÃO. PERCEÇÃO DE FUNÇÕES DIVERSAS POR MAIS DE DEZ ANOS. PEDIDO DE MANUTENÇÃO DO VALOR

## INTEGRAL DA ÚLTIMA REMUNERAÇÃO

### Conhecimento

Ficou consignado no acórdão regional:

#### “RECURSO DO DEMANDANTE 1 - DIFERENÇAS SALARIAIS. REMUNERAÇÃO

O demandante sustenta que as diferenças salariais devem ser apuradas com base na totalidade da remuneração percebida na época da destituição da função gratificada, invocando a aplicação da Súmula n. 372 do TST.

O pagamento do adicional de incorporação, com a inclusão das parcelas CTVA e „Porte de Unidade - Função Gratificada na base de cálculo, atende ao disposto no item I da Súmula n. 372 do TST, uma vez que garante a estabilidade financeira do empregado que exerceu cargo comissionado por mais de dez anos.

**No caso, a apuração do adicional de acordo com a média ponderada reflete de forma mais fiel o histórico do exercício de cargos comissionados pelo empregado.**

Em face do exposto, nego provimento ao recurso no tópico” (fls. 1.009-1.010 – grifo meu).

O reclamante interpôs recurso de revista às fls. 1.052-1.066. Insurge-se contra o acórdão que julgou improcedente sua pretensão de pagamento de diferenças salariais decorrentes

da manutenção integral de sua remuneração, com base na “última remuneração percebida ao tempo do destituição do função de „gerente de atendimento gov/social” (fl. 1.054, *sic*).

Defende que “a Súmula 372/TST não estabelece expressamente o critério de cálculo que deverá ser adotado, de modo que jamais deu ensejo à adoção de uma média, pelo contrário, encerra o entendimento de que percebida qualquer gratificação de função, mas por período superior a dez anos, faz jus o obreiro à proteção deste padrão remuneratório alcançado, justamente após longos anos de dedicação e prestação de serviços ao mesmo empregador” (fl. 1.055).

Destaca que “a adoção de uma média por conta de remunerações percebidas há muitos anos, iniludivelmente não atinge a manutenção deste padrão remuneratório integral” (1.055). Indica ofensa aos arts. 5º, XXXVI, e 7º, VI, da Constituição Federal, e 457, § 1º, e 468 da CLT e contrariedade à Súmula 372 do TST, além de divergência jurisprudencial.

À análise.

Não há controvérsia quanto ao exercício de funções por mais de dez anos, mas apenas quanto ao critério de cálculo do adicional de incorporação.

O reclamante pretende o pagamento de diferenças salariais decorrentes da manuten-

ção integral de sua remuneração, com base na “última remuneração percebida ao tempo do destituição do função de „gerente de atendimento gov/social” (*sic*).

O Tribunal entendeu que “a apuração do adicional de acordo com a média ponderada reflete de forma mais fiel o histórico do exercício de cargos comissionados pelo empregado”, incluindo na base de cálculo do pagamento do adicional de incorporação as parcelas CTVA e “Porte de Unidade - Função Gratificada”.

Conforme se depreende da decisão recorrida, trata-se de hipótese de percepção de diversas gratificações de função comissionadas.

Em tal hipótese, esta Corte tem reiteradamente decidido que o cálculo do adicional de incorporação que considera a média ponderada das gratificações percebidas nos últimos dez anos de exercício de funções gratificadas não contraria a Súmula 372 do TST (e tampouco ofende o princípio da estabilidade financeira nela consagrado).

No mesmo sentido, são as seguintes decisões (algumas inclusive envolvendo a Caixa Econômica Federal, em que se considerou a norma regulamentar pertinente (RH-151):

“AGRAVO. RECURSO DE REVISITA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/



2014. FORMA DE CÁLCULO. ADICIONAL DE INCORPORAÇÃO DE FUNÇÃO. **A jurisprudência consolidada desta Corte impõe que a apuração do valor a ser incorporado observe a média atualizada das gratificações percebidas nos últimos dez anos.** Considerando a improcedência do recurso, aplica-se à parte agravante a multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC. Agravo não provido, com aplicação de multa." (Ag-ED-ARR-1919-18.2015.5.12.0041, 5ª Turma, Relator Ministro Breno Medeiros, DEJT 27/03/2020, negritei.)

"EMBARGOS INTERPOSTOS NA VIGÊNCIA DA LEI 13.015/2015 EM RECURSO DE REVISITA. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. GRATIFICAÇÕES DIVERSAS PERCEBIDAS POR MAIS DE DEZ ANOS. SÚMULA 372/TST. FORMA DE CÁLCULO. **A jurisprudência desta Corte já fixou o entendimento de que a forma de cálculo da parcela a ser incorporada nos termos da Súmula 372 deve observar a média atualizada das gratificações percebidas nos últimos dez anos de exercício de funções gratificadas.** Precedentes. Nesse contexto, o recurso merece provimento para determinar que, no cálculo do valor da gratificação de função a ser incorporado ao salário do autor, seja observada a média das gratificações por ele percebidas pelos últimos dez anos, ao invés da incorporação integral do valor da última função gratificada recebida. Recurso

de embargos conhecido e provido." (E-ED-RR - 334-73.2012.5.07.0008, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 12/05/2016, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 20/05/2016, negritei.)

"6. GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. INTEGRALIDADE. INCORPORAÇÃO SALARIAL. CONHECIMENTO E NÃO PROVIMENTO. I. Do acórdão se extrai que a Corte Regional afastou a condenação da Ré ao pagamento de diferenças salariais pela incorporação da gratificação de função, ao fundamento de que „as funções da autora tiveram níveis remuneratórios variáveis, não havendo impacto na estabilidade financeira da demandante o pagamento do percentual de 96,42% da última gratificação recebida . II . Visto isso, não procede a indicada contrariedade ao item I da Súmula nº 372 do TST, pois ele não versa especificamente sobre a matéria discutida (forma de cálculo do valor da gratificação de função a ser incorporado no caso de exercício de diversas funções comissionadas há pelo menos dez anos). O referido verbete sumular trata sobre a impossibilidade de supressão do valor da gratificação de função percebida pelo empregado durante dez anos ou mais. III. A alegação de violação dos arts. 9º e 468 da CLT é impertinente e não viabiliza o conhecimento do recurso, porque os preceitos enumerados tampouco versam sobre a

forma de cálculo da gratificação de função. IV. Por fim, o recurso não se processa por divergência jurisprudencial. Os arestos transcritos pela Recorrente são inservíveis para a demonstração de conflito de teses, já que provenientes do mesmo Tribunal Regional prolator da decisão recorrida. Incide, na hipótese, o entendimento firmado por meio da Orientação Jurisprudencial nº 111 da SBDI-1 do TST. IV. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento. (...) III. Agravo de instrumento de que se conhece e a que se nega provimento.” (ARR-535-49.2010.5.04.0451, 4ª Turma, Relator Ministro Alexandre Luiz Ramos, DEJT 27/03/2020).

**“5. INCORPORAÇÃO DE FUNÇÃO. EXERCÍCIO DE FUNÇÕES COMISSIONADAS DIVERSAS. CRITÉRIO PELO CÁLCULO DA MÉDIA. INVIABILIDADE DE INCORPORAÇÃO DA ÚLTIMA REMUNERAÇÃO, EXCLUSIVAMENTE. NORMA INTERNA DA CEF ESTABELECEENDO A MÉDIA DO VALOR AUFERIDO NO PERÍODO DE CINCO ANOS. 6. HORAS EXTRAS. REFLEXOS EM LICENÇA-PRÊMIO E APIP’S. APELO DEFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. ÓBICE ESTRITAMENTE PROCESSUAL. 7. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. HIPÓTESES DE CABIMENTO. AUSÊNCIA DE ASSISTÊNCIA SINDICAL. SÚMULA 219/ITST. 1.1 A Parte requer o afastamento a prescrição total arguida pelo**

Tribunal a quo sob o argumento de que o „pedido de horas suplementares decorrente da alteração do pactuado encontra-se amparado em preceito de lei, e não, em norma empresarial, esta que dispôs sobre matéria que não lhe compete, não se aplicando a prescrição total, mas, tão-somente, a quinquenal . Sustenta, ato contínuo, que houve alteração contratual lesiva e que „faz jus ao pagamento como extras da 7ª e 8ª horas acrescidas a sua jornada . 1.2 O Reclamante carece de interesse recursal no tema. Em que pese este c. TST entender que o descumprimento do pactuado configura lesão que se renova mês a mês, incidindo à espécie, portanto, a prescrição parcial, o direito à percepção da 7ª e 8ª horas trabalhadas como sobrejornada foi assegurado ao Reclamante pelas instâncias ordinárias , momento no qual o Tribunal Regional atribuiu efeitos infringentes ao acórdão para enquadrar a Reclamante no caput do art. 224 da CLT e, conseqüentemente, acrescer à condenação o pagamento „ das sétima e oitava horas como extras, mantidos os reflexos e adicionais já deferidos na sentença . 1.3. Ausente, portanto, o binômio necessidade-utilidade do recurso, não se conhece do apelo neste tópico. Recurso de revista não conhecido nos temas.” (RR-11154-92.2013.5.12.0036, 3ª Turma, Relator Ministro Mauricio Godinho Delgado, DEJT 13/03/2020, negritei).

“RECURSO DE EMBARGOS. GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO PERCEBIDA POR MAIS DE DEZ ANOS. EXERCÍCIO DE DIVERSAS FUNÇÕES COMISSIONADAS. SUPRESSÃO. ADICIONAL COMPENSATÓRIO PREVISTO EM REGULAMENTO EMPRESARIAL. FORMA DE CÁLCULO. „Percebida a gratificação de função por dez ou mais anos pelo empregado, se o empregador, sem justo motivo, revertê-lo a seu cargo efetivo, não poderá retirar-lhe a gratificação tendo em vista o princípio da estabilidade financeira (item , da Súmula 372 do TST). **Na hipótese de percepção de gratificações de função comissionada diversas, o cálculo do referido adicional pela média ponderada, em dias, dos últimos cinco anos de exercício de cargo em comissão, tal como prevista na norma regulamentar (RH-151) da Caixa Econômica Federal, não contraria o princípio da estabilidade financeira.** Recurso de Embargos de que se conhece e a que se nega provimento.” (E-RR - 41-12.2011.5.12.0037 , Relator Ministro: João Batista Brito Pereira, Data de Julgamento: 17/08/2017, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 08/09/2017, negritei.)

“EMBARGOS REGIDOS PELA LEI Nº 11.496/2007. GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. PEDIDO DE INCORPORAÇÃO DE 100% DA ÚLTIMA GRATIFICAÇÃO PERCEBIDA. SÚMULA Nº 372, ITEM I, DESTA CORTE. EXERCÍCIO DO CARGO POR MENOS

DE 10 ANOS. INCORPORAÇÃO INTEGRAL INDEVIDA. Trata-se de pedido de incorporação do valor integral da gratificação de função paga ao cargo de Auditor Júnior 8h. Depreende-se dos autos que o reclamante ocupou, por quase 18 anos, cargos comissionados diversos no âmbito da reclamada. Ao ser dispensado do último cargo comissionado que exerceu (Auditor Júnior 8h), foi acrescido à sua remuneração Adicional Compensatório, no importe de 91,83% do valor da última gratificação. É incontroverso nos autos que o reclamante não exerceu o cargo de Auditor Júnior 8h por 10 anos ou mais. Sobre a matéria, assim preconiza a Súmula nº 372 desta Corte.” (E-RR - 189700-82.2008.5.07.0005, Relator Ministro: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 17/11/2016, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 25/11/2016.)

“INCORPORAÇÃO DA GRATIFICAÇÃO DE FUNÇÃO. VALOR. O Regional consignou que o autor não faz jus a ter incorporada a totalidade da última gratificação percebida, porque ela foi exercida por período inferior a um ano, salientando que „pela média ponderada de todas as funções desempenhadas, que compõem a base de cálculo, ele faz jus a 73,36 da última função exercida, nos termos do regimento interno, como citado. A Corte Regional foi categórica no sentido de que o

cálculo é feito „com base nos critérios previstos no item 3.6.1 do RH 151 - resultado da média ponderada, em dias, dos últimos cinco anos de exercício do cargo comissionado. Logo, correto o Regional que manteve a improcedência do pleito de incorporação da totalidade da última gratificação recebida. Precedentes. Incidência do óbice da Súmula 333/TST. (...)” (ARR-1365-09.2013.5.12.0056, 3ª Turma, Relator Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte, DEJT 15/02/2019.)

“I - AGRAVO DE INSTRUMENTO DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF. RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO ANTES DA LEI Nº13.015/2014. (...). ADICIONAL COMPENSATÓRIO. EXERCÍCIO DE FUNÇÕES DIVERSAS. INCORPORAÇÃO PELA MÉDIA DOS ÚLTIMOS CINCO ANOS. ÓBICE DA SÚMULA 333/TST. A jurisprudência desta Corte está consolidada no sentido da validade da adoção do cálculo da média dos valores percebidos a título de gratificação de função nos cinco anos, para o fim de manutenção do valor recebido (princípio da estabilidade financeira), quando houver diversidade nos valores dessas gratificações, nos exatos termos do item I, da Súmula 372/TST. Precedentes. Pertinência da Súmula 333 do TST. Agravo de instrumento a que se nega provimento. (...)” (AIRR-962-14.2010.5.01.0036, 2ª Turma, Relatora Ministra Maria Helena Mallmann, DEJT 28/06/2019.)

A decisão regional está em perfeita sintonia com a jurisprudência reiterada desta Corte, circunstância que atrai a incidência da Súmula 333 do TST e do art. 896, § 7º, da Constituição Federal.

Em vista do exposto, **não conheço** do recurso de revista interposto pelo reclamante.

## II - RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELA CAIXA ECONOMICA FEDERAL - CEF

Por meio de petição (fl. 1.126), a recorrente, Caixa Econômica Federal, desistiu expressamente do seu recurso de revista.

Considerando que a petição foi subscrita por advogado regularmente constituído nos autos e que a renúncia ao direito é ato jurídico unilateral, que independe da anuência da parte contrária para produzir seus efeitos, **homologo** o pedido de desistência e **declaro prejudicado** o julgamento do presente agravo de instrumento em recurso de revista.

## ISTO POSTO

**ACORDAM** os Ministros da Sexta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade: I - não conhecer do recurso de revista interposto pelo reclamante; II - declarar prejudicado o julgamento do recurso de revista interposto pela Caixa Econômica Federal em face de desistência do recurso.

Brasília, 2 de setembro de  
2020.

AUGUSTO CÉSAR LEITE DE  
CARVALHO, 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](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, n.º 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, n.º 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.



