

# 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.31, 2021

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: *anual*

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**

Dúilio 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 (Niterói)

### **Diretor Jurídico**

Ricardo Carneiro da Cunha (Recife)

### **Diretor Social**

Cláudia Elisa de Medeiros Teixeira (João Pessoa)

## **CONSELHO EXECUTIVO DA REVISTA**

Anna Claudia de Vasconcellos

Dúilio 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 – PUCIPR. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas – UEAIAM.*

**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 – PUCISP.*

**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 – IDPIDF. 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 – PUCIPR.*

**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 – NEVI/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 IESPIUERJ 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 – PUCISP.*

## **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)  
Jayme de Azevedo Lima (Aposentado/Curitiba)



<b>APRESENTAÇÃO</b> .....	11
---------------------------	----

## **PARTE 1 – ARTIGOS**

<b>A decisão parcial e as consequências processuais</b> <i>Vinicius Silva Lemos</i> .....	15
--	----

<b>Correção monetária de créditos trabalhistas – STF – ADC 58</b> <i>Paulo Henrique Garcia Hermosilla</i> .....	95
--	----

<b>Impedimentos ao exercício profissional da advocacia: extensão e aplicabilidade</b> <i>Alaim Giovanni Fortes Stefanello e João Marcelo Santos Loyola de Araújo</i> .....	119
---	-----

<b>Impossibilidade não culposa do fornecedor nos contratos existenciais</b> <i>Juliana Dal Molin de Oliveira Lemos</i> .....	141
---	-----

<b>A possibilidade de controle do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário</b> <i>Márcio Berto Alexandrino de Oliveira</i> .....	159
---	-----

<b>A jornada de trabalho dos detentores de cargos públicos privativos de advogados</b> <i>Márcio Berto Alexandrino de Oliveira</i> .....	177
---	-----

<b>O caráter penal da ação de improbidade administrativa</b> <i>Márcio Berto Alexandrino de Oliveira</i> .....	193
---	-----

<b>A desnecessidade de desincompatibilização do pretendo candidato que mantém contrato administrativo com cláusulas uniformes</b> <i>Márcio Berto Alexandrino de Oliveira</i> .....	209
--	-----

<b>Honorários advocatícios de sucumbência e gratuidade de justiça – Compatibilidade</b> <i>Elton Nobre de Oliveira</i> .....	231
---	-----

<b>Uma análise sobre o cabimento de ação rescisória no TST por violação manifesta à norma jurídica com fundamento em decisão da SBDI-1 do Tribunal</b> <i>Gustavo Schmidt de Almeida</i> .....	247
---	-----

**Recuperação judicial e mecanismos de autocomposição**

*Letícia Maracci Spanhe da Silva* ..... 273

**PARTE 2 – JURISPRUDÊNCIA**

**Supremo Tribunal Federal**

*Decreto-Lei nº 70/66. Execução extrajudicial de dívidas hipotecárias no regime do SFH. Repercussão geral.*

*Tema 249* ..... 283

**Superior Tribunal de Justiça**

*Quebra de sigilo bancário. Instituição financeira.*

*Auditoria interna. Comunicação ao Ministério Público.*

*Legalidade* ..... 321

**Tribunal Superior do Trabalho**

*Processo seletivo interno. Condição. Adesão ao novo plano de cargos e salários. Validade* ..... 345

**PARTE 3 – NORMAS EDITORIAIS DE PUBLICAÇÃO** ..... 351

## APRESENTAÇÃO

---

A ADVOCEF, entidade que representa os advogados da Caixa Econômica Federal desde 1992, persiste nas premissas que conduzam ao permanente aprimoramento e qualificação de seus associados.

Nesta perspectiva, também a difusão do conhecimento científico encontra na Associação um aliado de primeira hora, através do patrocínio e incentivo permanentes à participação de seus associados em eventos e cursos de formação e atualização, por todos os meios postos a serviço da educação corporativa.

Sustentáculos absolutos do conhecimento, o estudo e a formação continuada dos profissionais que defendem a instituição CAIXA, nas esferas contenciosa e consultiva, são palavras-chave no cotidiano de sua entidade representativa.

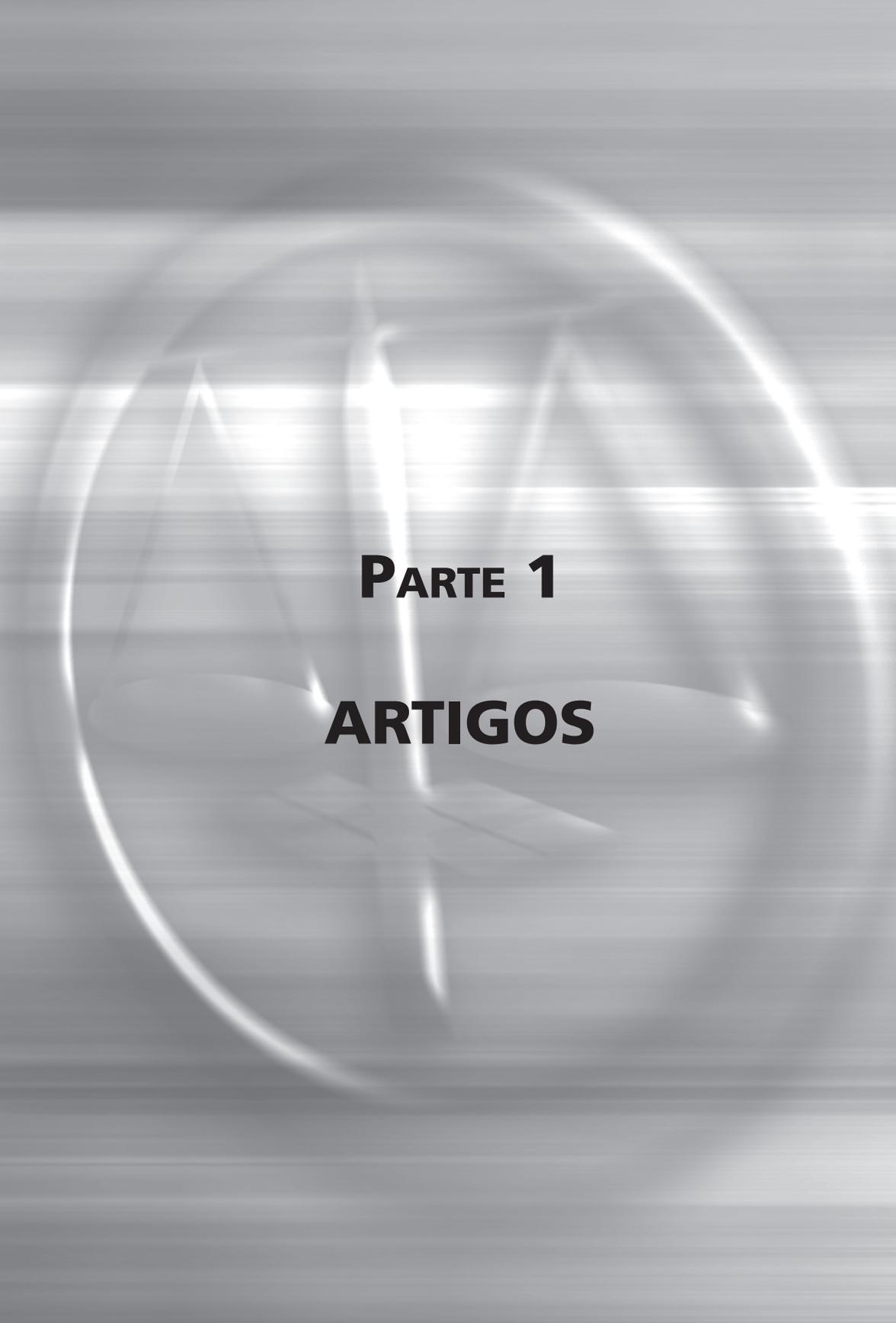
A *Revista de Direito*, publicada de forma ininterrupta desde 2005, é expressão concreta e permanente desses ideais, representando não apenas um canal de divulgação da produção científica dos advogados integrantes do banco, mas também um propulsor de visibilidade a tantos excelentes Operadores do Direito que produzem conhecimento de interesse do mundo acadêmico e prático.

Oferecemos a presente edição em comunhão de propósitos com os ilustres autores dos trabalhos selecionados, bem como dos que defenderam teses e posicionamentos processuais que culminaram nos julgados criteriosamente escolhidos para representar a jurisprudência de interesse de nossos leitores.

Desejamos que a leitura destas páginas espelhe concretamente a sensação de um dever cumprido, na expectativa sadia de que tal dever se renove e multiplique na continuidade da publicação e no reconhecimento de que os esforços tenham valido a pena.

***Diretoria Executiva da ADVOCEF***





**PARTE 1**

**ARTIGOS**



# A decisão parcial e as consequências processuais

**Vinicius Silva Lemos**

*Advogado*

*Pós-Doutorando em Processo Civil pela UERJ*

*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*

*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

O presente trabalho tem o escopo de analisar a cisão cognitiva possível em um processo objetivamente complexo e a sua devida positivação no Código de Processo Civil de 2015, centralizando o estudo no reflexo que esta possibilidade de decisão parcial traz, tanto via decisão parcial de mérito quanto sem mérito, em outros institutos do processo civil brasileiro, tais como: custos do processo; recorribilidade; remessa necessária; coisa julgada da decisão parcial; a questão de fato resolvida e a impossibilidade de rediscussão na sentença; ação rescisória da decisão parcial; a liquidação de sentença da decisão parcial; execução parcial: provisória e definitiva; e a suspensão parcial por repetitivos.

Palavras-chaves: Cisão Cognitiva. Decisão Parcial. Consequências Processuais. Processo complexo.

## ABSTRACT

The present study has the scope to examine the cognitive fission as possible in a complex process objectively and its proper positivization in the civil procedure code of 2015, centering the study on reflection that this possibility of partial decision brings, both via partial decision of merit as without merit, in other institutes of the Brazilian civil procedure, such as: the cost of proceedings; appeal; shipment required; res judicata of partial decision; the matter of fact resolved and the impossibility of rediscussion in sentencing; action against res judicata of partial decision; the settlement of judgment of partial decision; partial execution: provisional and final; and the partial suspension by repetitive.

Key words: Cognitive fission. Partial decision. Procedural consequences. Complex process.

## Introdução

O processo civil sempre trouxe, em suas possibilidades dentro de uma demanda, a perspectiva de uma complexidade de relações jurídicas para serem resolvidas na prestação jurisdicional. Uma só ação pode conter uma pluralidade de pedidos ou de partes, com a necessidade de que a jurisdição a ser prestada enfrente em seu mérito todas as relações jurídicas existentes.

Diante de tal complexidade objetiva do processo, cada resolução judicial deve ocorrer mediante a necessidade da prestação jurisdicional ser completa. Se existem várias partes em cada polo, cada entrelaçado de relação jurídica deve ser enfrentado, mesmo que seja para uma análise da impossibilidade de julgamento de mérito. Mediante tais aspectos, um processo objetivamente complexo representa a junção de várias demandas internalizadas em uma jurisdição.

No entanto, se são plúrimas relações jurídicas dentro de um só processo, há a possibilidade de que parcela das relações postas para a jurisdição já possa ser resolvida, enquanto o restante não tenha ainda a possibilidade de enfrentamento, postergando, procedimentalmente, a resolução para momento posterior.

Em uma situação de prestação jurisdicional complexa, as relações podem ser cindidas em seu julgamento? O art. 356 do CPC responde positivamente, com a abertura legal para que a prestação jurisdicional originalmente complexa de modo objetivo possa ser cindida no procedimento comum, bem como já

era possível em determinadas situações em procedimentos especiais. Já o art. 354, parágrafo único, possibilita a cisão dessa mesma prestação, contudo, diante de um outro prisma, para que parcela da demanda seja extinta e a outra continue na litispendência.

Dessa maneira, o objeto do estudo deste é a decisão parcial no ordenamento processual brasileiro e as consequências processuais dessa cisão em outros institutos para o prosseguimento da processualística civil. Mediante o objeto estudado, após a análise da própria positivação do instituto no CPC/2015 na fase de conhecimento, os institutos relacionais impactados enfrentados foram: custos do processo; recorribilidade; remessa necessária; coisa julgada da decisão parcial; a questão de fato resolvida e a impossibilidade de rediscussão na sentença; ação rescisória da decisão parcial; a liquidação de sentença da decisão parcial; execução parcial: provisória e definitiva; e a suspensão parcial por repetitivos.

## **1 A positivação da cisão cognitiva e a decisão parcial na fase de conhecimento**

Com o advento de uma nova norma processual e novos conceitos de antigos institutos, diante de uma série de possibilidades processuais no processo de conhecimento, optou-se por uma positivação da possibilidade da bipartição cognitiva em um processo que seja objetivamente complexo<sup>1</sup>.

Uma demanda que tem várias relações jurídicas, seja pela cumulação de pedidos, seja pela pluralidade de partes, almeja, de igual maneira, um julgamento conjunto e uno de todas essas relações no ato sentencial, como uma busca pela unicidade de todas as decisões, sem, contudo, atrelar-se a impossibilidade de quebra dessa unidade.

<sup>1</sup> Nesse sentido, sobre diferentes aspectos da decisão parcial no CPC/2015: ARRUDA, Paulo Gonçalves de. A sentença parcial vista pelos Tribunais e o reflexo do fracionamento do mérito no anteprojeto do novo Código de Processo Civil. Revista de Processo. Vol. 222, Ano 38, p. 257-292, São Paulo: Ed. RT, 2013; MEIRELES, Edilton. Julgamento antecipado parcial do mérito. Revista de Processo. Vol. 252, Ano 41, p. 133-146, São Paulo: Ed. RT, fev/2016; LUCCA, Rodrigo Ramina de. Julgamentos antecipados parciais de mérito. Revista de Processo. Vol. 257. ano 41. p. 125-150. São Paulo: RT, jul/2016; SILVA, Beclate Oliveira; ARAUJO, José Henrique Mouta; SILVA, I. L. Eficácia do agravo de instrumento na decisão antecipada parcial de mérito. Revista Eletrônica de Direito Processual. v. 1, p. 57-75, 2016; LEMOS, Vinicius Silva. O agravo de instrumento contra decisão parcial de

A demanda pode ser bipartida em seu objeto litigioso, tanto pelo fato de que uma parcela – pedidos ou partes – não estará apta a ser julgada, com a presença de um vício insanável, ou se sanável, sem ter realizado a sanabilidade, julgando sem mérito esse ponto da demanda, quanto de modo a bipartir-se o próprio julgamento do mérito, com a possibilidade de enfrentamento parcial da demanda, com posterior análise do restante do mérito, com um pedido ou parcela deste sendo julgado em um momento processual interlocutório e o restante enfrentado na sentença.

Desse modo, o CPC/2015 positivou as decisões interlocutórias parciais, as quais devem ser entendidas como enquadradas nessa espécie de natureza decisória pelo fato de coadunarem com o disposto no art. 203, §§ 1º e 2º do CPC, no tocante à conceituação de sentença<sup>2</sup> e decisão interlocutória. A primeira será a decisão que encerra a fase de cognição, mediante um julgamento com ou sem o enfrentamento do mérito; já a segunda será qualquer ato decisório do juízo de primeiro grau que não se enquadre na conceituação de sentença, sem encerramento de uma fase.

Diante dessas conceituações, a opção dessa decisão que julga parcela da demanda não foi por uma sentença parcial<sup>3</sup>, mas no enquadramento em uma decisão interlocutória parcial, seja de mérito, seja sem mérito.

---

mérito. Revista de Processo. Vol. 259, Ano 41, p. 275-303, São Paulo: Ed. RT, Set/2016; LESSA, Guilherme Thofehrn. Julgamento parcial do mérito e a necessidade de aplicação do procedimento recursal adequado. Revista de Processo. Vol. 281, Ano 43, p. 281-303, São Paulo: Ed. RT, Jul/2018; PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud; MILAGRES, Allan. Reflexões sobre o julgamento antecipado parcial do mérito no processo civil e no processo do trabalho. Revista de Processo. Vol. 285, ano 43, p. 273-289, São Paulo: Ed. RT, 2018.

<sup>2</sup> Sobre o conceito de sentença no CPC atual: “Para o novo Código, *sentença* é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487 do NCPC, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução (art. 203, § 1º), ou seja, é tanto o ato que extingue o processo sem resolução de mérito como o que o faz resolvendo o mérito da causa.” THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil. Vol. 1, 59ª ed. 2018* [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977764/>

<sup>3</sup> Na abertura da possibilidade da cisão cognitiva no CPC/73, muitos admitiam a nomenclatura sentença parcial: MITIDIERO, Daniel. Sentenças parciais de mérito e resolução definitiva fracionada da causa: lendo um ensaio de Fredie Didier Júnior. *Ajuris. Porto Alegre*, v. 94, p. 39-50, 2004; SCARPARO, Eduardo Kochenborger. Sentenças parciais? Considerações a

O CPC/2015 possibilitou a cisão cognitiva do objeto litigioso do processo, sem a necessidade de que haja a unicidade da sentença<sup>4</sup>, com o dever do juízo em julgar as parcelas da demanda que já forem possíveis, dada a existência dos requisitos autorizantes, como a cumulação de pedidos ou partes, a pluralidade de questões de fato e a possibilidade de imediata resolução de uma delas, com a pendência da relação entre uma questão e um dos pedidos ou parcela deste.

O art. 354, parágrafo único permite duas espécies de decisões parciais:

*(i) as extintivas pela presença de um vício processual impeditivo do julgamento de mérito – hipóteses do art. 485 do CPC; (ii) as extintivas de mérito, com base no art. 487, II e III do CPC – prescrição, decadência e as homologatórias de transação, reconhecimento do pedido pelo réu e renúncia do autor ao direito.*

A cisão cognitiva é possível para extinguir parcela do objeto litigioso sem efetivamente julgar o mérito, seja pelo fato de que aquela parcela da demanda está eivada de algum vício, seja pelo fato de que o juízo deve reconhecer a prescrição ou decadência parcial ou homologar transação, renúncia ou reconhecimento parcial.

Já no art. 356 do CPC, a cisão cognitiva atinge diretamente o mérito, com a possibilidade de julgamento parcial do pedido ou parcela deste. Se o processo objetivamente complexo permitir que o juízo julgue, por causa do cumprimento dos requisitos para tanto, um dos pedidos cumulados, sem a possibilidade de julgamento completo do objeto litigioso do processo, será prolatada uma decisão interlocutória parcial do mérito.

Um dos requisitos que permite tal possibilidade de julgar parcialmente o mérito é a incontrovérsia sobre parcela dos fatos ou a resolubilidade de uma questão de fato, ambas as situações que afetem somente um dos pedidos ou parcela deste, possibilitando um imediato julgamento parcial do mérito. Como não há

---

partir de reforma do art. 161, §1º, do CPC. Revista de Processo. n. 148, Ano 32, p. 153-168, São Paulo: Ed. RT, Jun/2007; OLIVEIRA, Bruno Silveira. Um novo conceito de sentença. Revista de Processo. Vol. 149, Ano 32, p. 120-138, São Paulo: Ed. RT, Jul/2007.

<sup>4</sup> A unicidade ainda é possível, somente não é mais regra estanque da sentença.

a resolução integral do objeto litigioso do processo, a cisão cognitiva é a consequência natural da configuração dos requisitos para tanto, com o dever do juízo em prolatar a decisão parcial, com a cindibilidade do processo, mediante o término da jurisdição sobre parcela deste – ao menos neste grau – e a continuidade no tocante aos demais pontos e às questões de fato necessárias de serem enfrentadas para a completude do julgamento e da jurisdição.

De todo modo, a cisão cognitiva, no CPC/2015, deixa de ser uma mera possibilidade diante da inserção no capítulo de tutela provisória ou antecipação da tutela legal, tampouco como possível somente pela interpretação do conceito da sentença e, também, deixa de ser viável somente nos procedimentos especiais, passando a ser totalmente inserta e pertinente ao ordenamento do procedimento comum do processo civil brasileiro, um caminho procedimental normal e pertinente.

## **2 As consequências e os reflexos processuais da cisão cognitiva pela decisão parcial**

A possibilidade de uma decisão parcial – seja com mérito ou sem mérito – implica em reflexos em outros institutos processuais, com deslinde procedimental diverso do que se almeja normalmente diante da processualidade comum. O impacto da bipartição cognitiva e da cisão procedimental ocasionada pela decisão parcial é enorme não só para a atividade judicante, mas também para as partes e o desenrolar processual da demanda.

As cognições são sutilmente alteradas, novas possibilidades nascem diante de uma situação de bifurcação processual<sup>5</sup>, as decisões interlocutórias ganham uma visão e importância diversa, bem como a necessidade da cooperação processual, seja na prolação da decisão pelo juízo, com uma construção formal adequada para a situação, com o máximo de clareza para que as

<sup>5</sup> A teoria dos capítulos de sentença é inerente à própria processualística e à possibilidade de cumulação de pedidos e partes. Não se pode pensar na cisão ou não, na existência de capítulos ou não, diante dos reflexos destes, estes devem ser imaginados diante do que se tem na realidade. “Consideram-se os capítulos de sentença em si mesmos e não como suporte apto a comandar soluções em outras áreas do direito processual, como a disciplina dos recursos, da distribuição dos encargos financeiros do processo, da coisa julgada e seus limites objetivos etc.” DINAMARCO, Cândido Rangel. Capítulos de sentença. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 36.

partes entendam se tratar de uma decisão parcial, com ou sem mérito, seja pela própria adequação necessária da decisão procedimental, com as manifestações anteriores e posteriores limitadas às parcelas e aos procedimentos específicos de cada parcela da demanda.

A possibilidade de decisão parcial altera a unicidade da demanda de modo a necessitar uma sistematização no entendimento processual.

Uma decisão interlocutória pode ser só uma mera decisão sobre um incidente ou pode julgar parcela da demanda e, ainda, pode ser os dois em uma só decisão, com a necessidade de atenção dos atores processuais para que se atentem ao que o conteúdo da decisão determina, mediante o quanto que se decide em termos interlocutórios e em termos de julgamento da demanda, seja pela extinção, seja pela resolução, ambas de modo parcial. Por exemplo, uma decisão de saneamento e organização do processo pode conter uma decisão parcial, um mero deferimento da inicial pode, ao mesmo tempo, indeferir parcela da demanda, entre outras possibilidades.

O impacto da prolação de uma decisão parcial não é somente na própria decisão e seu conteúdo, mas também uma decisão procedimental que impacta os demais institutos posteriores, altera, por exemplo, os custos do processo; tem uma recorribilidade específica via agravo de instrumento; necessita de uma construção peculiar sobre a viabilidade da remessa necessária em decisão contra um ente público; a coisa julgada parcial é um ponto de reflexão pertinente; a coisa julgada parcial guarda relação também com a impugnabilidade desta via ação rescisória com a necessidade de sistematização do início do prazo decadencial; as definições sobre as questões de fato realizadas na decisão parcial e a relação com a preclusão; a relação com a liquidação de sentença da decisão parcial; a existência de um cumprimento de sentença provisório ou definitivo autônomo da decisão parcial; a relação da decisão parcial e suspensão parcial do processo por existência de repetitivo que afeta a matéria de somente um ou alguns dos pedidos.

Esses são reflexos que serão enfrentados com base na possibilidade da decisão cognitiva e procedimental pela prolação de uma decisão parcial e, ainda, com a análise sobre o diálogo com a decisão parcial sem mérito ou com mérito, ou com ambas.

## 2.1 Os custos do processo e a decisão parcial

Para que se acione uma pretensão, via uma demanda, há um custo na jurisdição, o qual deve ser adiantado pelo autor, nos ditames do art. 82 do CPC. As custas processuais são os valores pertinentes ao custeio<sup>6</sup> da própria máquina estatal judiciária, mediante a prestação da jurisdição. Para a existência de um processo, deve-se arcar com as custas processuais<sup>7</sup>, salvo se beneficiário da justiça gratuita.

Como o autor é o primeiro interessado na demanda, para o início desta, arca com os valores das custas processuais antecipando-as, bem como de outras despesas processuais durante a tramitação do processo, como realização de diligências, produção de provas que requerer ou que o juízo determinar de ofício, nos moldes do art. 82, § 1º do CPC.

O ato de adiantamento do autor<sup>8</sup> não significa que será o responsável ao final da demanda por arcar com o custeio do processo<sup>9</sup>, somente é seu dever custear que a jurisdição possa ser

<sup>6</sup> “Por despesas processuais podem ser designados, genericamente, os dispendios que a parte deve realizar na busca pela prestação jurisdicional.” DECOMAIN, Pedro Roberto. A sentença, as despesas processuais e os ônus da sucumbência na ação popular. Revista Dialética de Direito Processual. Vol. 74, p. 87-104, São Paulo: Dialética, 2009. p. 93.

<sup>7</sup> Se há uma demanda ao Judiciário, com o pleito pelo exercício de uma jurisdição, logicamente que haverá um custo do processo e, assim, uma determinação legal sobre quem deve arcar com esse custeio, ao final da cognição: “Ressalva-se mais uma vez: também nesse caso haverá um capítulo referente ao custo do processo, seja para condenar o demandante, seja para isentá-lo de pagamento de custas e honorários. Não se trata, todavia, de um julgamento do mérito principal.” DINAMARCO, Cândido Rangel. Capítulos de sentença. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 80.

<sup>8</sup> “Atos processuais realizados a requerimento do autor devem ter as correspondentes despesas por ele antecipadas. É o caso do pagamento das custas processuais iniciais (...) Se o ato tiver sua prática requerida tanto pelo autor quanto pelo requerido, caberá ao primeiro antecipar o pagamento das correspondentes despesas processuais.” DECOMAIN, Pedro Roberto. A sentença, as despesas processuais e os ônus da sucumbência na ação popular. Revista Dialética de Direito Processual. Vol. 74, p. 87-104, São Paulo: Dialética, 2009. p. 92.

<sup>9</sup> Segundo Barbi, as custas e despesas processuais são fundamentais pelo fato de que “a propositura de uma ação em juízo dá origem a uma série de atos a serem praticados pelo juiz e funcionários que participam do processo em que corra aquela ação, como sejam, o escrivão, o distribuidor, o contador, o oficial de justiça, etc.” BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. I. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 179.

exercida e, se ao final for vencedor, terá o direito do ressarcimento do que antecipou. Ou seja, o autor arca com o custeio do processo e, em vitorioso, executa o réu para cobrar que custeou; por outro lado, se vencido o autor, o que gastou serviu para a movimentação processual e o custeio do erário.

Dessa feita, o art. 82, § 2º do CPC dispõe que a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e, por lógica, entende-se que se as custas já foram pagas pelo vencido, não há necessidade de qualquer devolução.

Na sentença, o juízo, após responder todos os pedidos da demanda, deve decidir sobre os ônus de custeio do processo, interligando o pagamento que foi antecipado à sucumbência, determinando a condenação ao vencido, seja para restituir o que o autor antecipou, seja para que o autor, se vencido, continue a arcar com este ônus.

A dúvida que paira sobre a relação entre o custo do processo e a decisão parcial proferida no processo: o juízo deve condenar sobre esse custeio, desde logo, uma vez que o art. 82 do CPC refere-se à sentença? A resposta deve ser positiva, uma vez fracionado o processo para a decisão parcial, em uma cisão cognitiva e procedimental, fracionado deve ser também o custeio do processo, com a necessidade de decisão sobre as custas processuais e eventuais despesas existentes, contudo nos limites da parcela que foi decidida da demanda.

Para tanto, é necessário desenvolver que o valor da causa dado na inicial deve ser revisto quando houver a prolação da decisão parcial, dada a cisão procedimental ocorrida, o valor da causa muda para cada situação. Isso tanto para a procedimentalidade recursal da decisão parcial, caso o agravo de instrumento seja pelo valor da causa, quanto para eventuais custas finais, valores de cumprimento de sentença específico da decisão parcial e assim por diante. Para o restante da demanda que prossegue até a prolação da sentença, a ótica é a mesma, há uma cisão cognitiva e procedimental que altera o valor da causa, agora somente pertinente ao que será decidido nessa parcela da demanda que ainda está em aberto para a sentença, com as mesmas consequências processuais para posterior cumprimento de sentença e custas finais.

Outro custo do processo é a condenação em honorários advocatícios. O juízo deve mencionar sobre os honorários advocatícios nessa decisão ou somente na decisão final, na sentença<sup>10</sup>, sobre todo o processo? A resposta correta está na pri-

meira opção, uma vez que há o fracionamento decisório, cada parcela da demanda guardará a sua própria relação sobre os custos do processo, inclusive com o trabalho a ser remunerado e o ônus de pagamento dos honorários advocatícios.

Se a decisão parcial teve a autonomia e independência possível de desmembrar-se da demanda, evidentemente que detém os mesmos critérios para apurar-se o trabalho realizado pelos advogados das partes e, em eventual condenação, já versar sobre essa parcela da demanda decidida parcialmente, com a estipulação dos honorários advocatícios<sup>11</sup> desde logo. Não há sentido<sup>12</sup> que os honorários advocatícios da matéria da decisão parci-

<sup>10</sup> Para Tucci, o juízo somente conseguiria condenar em honorários advocatícios e nos custos do processo depois de todo o deslinde, com a possibilidade de pensar em sucumbência recíproca e todas as distribuições pertinentes a serem realizadas nas despesas e honorários. Todavia, não nos parece ser a maneira correta de interpretar, pelo fato de que cada uma das análises sobre os custos do processo deve ser feita nos limites dos pedidos e do que se julga. Logo, uma vez cindida a demanda, com o julgamento com ou sem mérito, a partir dali que aplica os custos do processo (art. 82 do CPC), os honorários advocatícios (art. 85 do CPC) e a possibilidade de sucumbência recíproca (art. 86 do CPC), sem depender do todo. A cisão é realidade e deve ser o ponto de partida: “Em qualquer das situações acima referidas, embora se verificando sucumbência da parte parcialmente derrotada, somente na sentença é que se deverá ser fixada, de forma global e definitiva, a verba honorária, ocasião na qual o juiz poderá avaliar, à luz dos critérios especificados no § 2º do art. 85 do CPC.” TUCCI, José Rogério Cruz e. *Comentários aos arts. 318 a 368*. In: GOUVEA, José Roberto; BONDIOLI, Luiz Guilherme; FONSECA, João Francisco (Coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil 1*. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 285.

<sup>11</sup> No mesmo sentido do nosso posicionamento, porém esclarecimento somente sobre a decisão parcial de mérito, contudo pertinente que seja de ambas as espécies: “Nada impede que as condenações em honorários e ressarcimento de despesas aconteçam por decisões interlocutórias parciais de mérito. Se elas podem ser proferidas e também podem transitar em julgado de maneira independente em relação à sentença, elas guardam conteúdo próprio a autorizar definição sobre despesas reembolsáveis a quem as antecipou e honorários devidos por quem sucumbiu no pedido parcialmente examinado.” YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; RODRIGUES, Viviane Siqueira. *Comentários ao novo Código de Processo Civil: artigos 334 ao 368*. Coords: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. 1ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 273.

<sup>12</sup> Essa visão de impossibilidade dos custos do processo nas decisões interlocutórias, mesmo diante do CPC/2015, é trabalhar no novel ordenamento com a ótica do anterior, o que não prospera, tampouco se

al sejam dispostos somente na sentença posterior<sup>13</sup>, haja vista que cada análise do trabalho realizado será nos limites do que foi feito referente à parcela da demanda que puder ser julgada e a sucumbência de cada decisão.

Apesar de o ordenamento processual não versar sobre tal matéria nos artigos específicos sobre decisão parcial, o faz em um outro dispositivo, no art. 338 do CPC, quando o réu, na contestação, alegar ser parte ilegítima, sem ser o responsável pelo prejuízo invocado, o autor poderá substituir o réu, entretanto, se entender por essa substituição, no parágrafo único do mesmo dispositivo, há a estipulação de que o autor reembolsará as despesas e pagará os honorários advocatícios ao procurador do réu excluído, sendo estes fixados entre três e cinco por cento do valor da causa.

Ou seja, se houver uma opção do autor em substituir o réu, este é excluído, o que não deixa de ser uma decisão parcial sem mérito, com a necessidade de condenar em honorários advocatícios o autor, em percentual menor do que o disposto como regra no art. 85 do CPC, demonstrando, contudo, que cada parcela da demanda terá a sua própria análise sobre honorários advocatícios e custos do processo.

No entanto, é pertinente especificar que há a possibilidade da decisão parcial em pedidos cumulados de modo alternativo ou subsidiário, com a decisão possível pela improcedência, o que permite a cisão procedimental, os custos do processo devem ser pensados de modo a imaginar que a tutela jurisdicional não está completa, com a necessidade de que se pensem os custos do pro-

---

comporta como um sistema processual diverso. “A aferição dos encargos de sucumbência somente pode se dar no final do processo (arts. 82, § 2º e 85 do CPC), não se permitindo condenação em sucumbência nas decisões interlocutórias.” SOUZA, Gerson Amaro de. Coisa julgada formal e a impossibilidade de renovação da ação no CPC/2015. *Revista Dialética de Direito Processual*. Vol. 153, p. 47-68, São Paulo: Dialética, 2015. p. 59.

<sup>13</sup> Em sentido de que toda a sucumbência deve ser na sentença, ao menos se imaginado no ordenamento anterior: “Portanto, em linha de princípio, pode-se dizer que a deliberação quanto ao custo financeiro do processo deve aguardar a integral solução do objeto litigioso, por meio da sentença final, não devendo ser realizada por etapas ou escalas. A relação de dependência recomenda que o acessório só se decida depois da integral definição do principal.” AMBRIZZI, Tiago Ravazzi. *Julgamento fracionado do mérito no processo civil brasileiro*. São Paulo, SP, 2014. 231 p. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Direito. p. 161.

cesso como somente um<sup>14</sup>, pelo fato de que a eventual procedência em agravo de instrumento impede a sentença ou a procedência da sentença impede o julgamento do agravo de instrumento, por falta de objeto.

Apesar de nada dispor o CPC/2015 sobre a cisão dos custos do processo, é pertinente que se entenda e perceba que os custos do processo são vinculados a cada parcela da demanda<sup>15</sup>, mediante o valor pleiteado em cada pedido. Se há bipartição de pedidos ao se julgar parcela da demanda<sup>16</sup>, de igual maneira deve operar-se em todos os custos do processo<sup>17 18</sup>, seja nas custas, seja nas despesas, seja nos honorários advocatícios.

## 2.2 A recorribilidade da decisão parcial

A decisão parcial é uma decisão interlocutória, uma vez que tem um conteúdo possível dessa decisão e não encerra a fase de cognição da demanda.

<sup>14</sup> Nesse sentido sobre os honorários advocatícios, mas ampliamos para todo o custo do processo: “Destarte, a fixação de honorários advocatícios, na hipótese de prolação de sentença parcial – a qual, como dito, somente poderá ser de improcedência de pedido antecedente – deverá ser realizada somente na sentença final do procedimento, diante das especificidades desta espécie de cumulação.” OLIVEIRA FILHO, Silas Dias de. Julgamento Fracionado do Mérito e Implicações no Sistema Recursal. São Paulo, SP, 2013. 256 p. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Direito. p. 111.

<sup>15</sup> Enunciado n.º 5 da JDPC: Ao proferir decisão parcial de mérito ou decisão parcial fundada no art. 485 do CPC, condenar-se-á proporcionalmente o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor, nos termos do art. 85 do CPC.

<sup>16</sup> Mesmo que seja sem mérito a decisão parcial: “Sendo parcial a desistência, a renúncia ou o reconhecimento, a responsabilidade pelas despesas e pelos honorários será proporcional à parcela reconhecida, à qual se renunciou ou da qual se desistiu, bem como, em havendo transação e nada tendo as partes disposto quanto às despesas, estas serão divididas igualmente (art. 90, caput e §§ 2º e 3º, do CPC).” THAMAY, Rennan Faria Kruger. Manual de Direito Processual Civil. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 171.

<sup>17</sup> Excepcionalmente, entendemos que na decisão parcial sobre cumulação impróprio – subsidiário ou alternativo – pela lógica da prestação jurisdicional ser somente una, mesmo que seja parcial a decisão, não há uma cisão no mesmo molde das outras, sem a condenação, ainda, sobre os custos do processo.

<sup>18</sup> Como a sentença de indeferimento da inicial não terá a condenação em honorários, igualmente a parcela da decisão parcial de indeferimento. “A distinção é importante, pois o regramento do art. 331 do CPC somen-

A importância do enquadramento da decisão como interlocutória é importante para a sua recorribilidade, tendo em vista que os arts. 354, parágrafo único, 356, § 5º e 1.015, II do CPC positivam<sup>19</sup>, mediante o enquadramento conceitual da decisão, o agravo de instrumento como o recurso cabível para a impugnação desta decisão, sem restar nenhuma dúvida sobre este cabimento recursal<sup>20 21 22</sup>.

---

te se aplica à decisão que indefira a petição inicial, bem como, sendo liminar a sentença, não se condenará o autor ao pagamento de honorários advocatícios em favor do réu ainda não citado.” DIDIER JR., Fredie. Comentário ao art. 485. CABRAL, Passo, A. D., CRAMER, (orgs.), R. *Comentários ao Novo Código de Processo Civil, 2ª edição*. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971441/>

<sup>19</sup> Sobre a escolha do agravo para a decisão parcial – com ou sem mérito: “o agravo voltou a ser recurso contra decisão que não pôde fim ao procedimento em 1º grau, independentemente do conteúdo. (...) A sentença passou a ser definida pelo art. 203, § 1º, da seguinte forma: “pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, pôde fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução”. Já a decisão interlocutória “é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º” (art. 203, § 1º). Da primeira cabe apelação (art. 1.009, caput); de algumas das segundas, cabe agravo de instrumento (art. 1.015).” SICA, Heitor Vitor Mendonça. Comentário ao art. 1.015. STRECK, Lenio. *Comentários ao Código de Processo Civil, 11ª edição*. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502635609/>

<sup>20</sup> No CPC/73, com a alteração no conceito de sentença pela Lei, não se sabia ao certo qual o recurso cabível de uma decisão com conteúdo de sentença que não encerrasse a demanda. Com isso, uma dúvida entre o agravo de instrumento para impugnar uma decisão com conteúdo sentencial ou uma apelação por instrumento, com a quebra da taxatividade. Sobre esse ponto, vários posicionamentos, com defesas de cada possibilidade: REDONDO, Bruno Garcia. Apelação: o recurso adequado à impugnação da sentença interlocutória. NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. v. 12, p. 31-60, São Paulo: Ed. RT, 2011; OLIVEIRA, Bruno Silveira de. A ‘interlocutória-faz-de-conta’ e o ‘recurso ornitorrinco’ (ensaio sobre a sentença parcial e sobre o recurso dela cabível). *Revista de Processo*. Vol. 203, Ano 37, p. 73-96, São Paulo: Ed. RT, 2012.

<sup>21</sup> Sobre ser apelação: “Em substância, porém, trata-se de apelação, motivo pelo qual se pode e se deve admitir, por exemplo, embargos infringentes do julgamento desse peculiar agravo, desde que concorram os demais requisitos de cabimento desse recurso (art. 530, CPC), Admite-se, igualmente, sustentação oral (art. 554, CPC), sendo necessário revisor (art. 551, CPC). O mesmo se diga do regime aplicável aos recursos especial e extraordinário: desse agravo caberá tais recursos sem que esses restem

Evidentemente que esse agravo de instrumento tem uma ótica diversa dos demais<sup>23</sup>, até pelo conteúdo do que se impugna, uma decisão interlocutória que detém conteúdo que outra era imaginado somente na sentença, com a extinção parcial do mérito ou com o próprio julgamento parcial deste. Ou seja, apesar de ser um agravo de instrumento, formalmente, o conteúdo do que se impugna impõe a necessidade de uma construção sobre os moldes e sistemática da apelação, adequando-o à recorribilidade inerente à decisão parcial.

Pertinente definir que não há nenhuma diferença entre o agravo de instrumento de uma decisão parcial com mérito daquela sem mérito, apesar do art. 1.015 do CPC incluir no seu rol a de mérito, sem menção sobre a sem mérito. Ambas têm a mesma sistemática e necessitam de todas as alterações propostas na construção de que o agravo de instrumento deve ser visto mais próximo à apelação em termos de amplitude, alcance e conteúdo, apesar de ser formal e procedimentalmente um agravo de instrumento.

A premissa é entender que o recurso é um agravo de instrumento que impugna uma decisão que contém conteúdo que decide parcela da demanda, com ou sem mérito, o que importa na readequação do recurso, em algumas diretrizes, para que se

---

retidos nos autos. De resto, desse julgamento caberá, ainda e eventualmente, ação rescisória (art. 485, CPC).” MITIDIÉRO, Daniel. *Direito Fundamental ao Julgamento Definitivo da Parcela Incontroversa: uma Proposta de Compreensão do Art. 273, § 6, CPC, na Perspectiva do Direito Fundamental a um Processo sem Dilações Indevidas* (art. 5, inciso LXXVIII, CRFB). *Revista de Processo*. Vol. 149, Ano, 32, p. 105-119, São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 111. De modo inverso, Assis repudiava, com razão, qualquer possibilidade de que uma sentença parcial fosse passível de impugnação via apelação, justamente pelo fato de que tinha caráter híbrido e no meio do procedimento: “A tese de que resoluções parciais do mérito, imprópriamente tomadas no curso do processo, comportam apelação é inadmissível na vigência do CPC/73.” ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Ed. RT 2007. p. 383.

<sup>22</sup> Já Theodoro Jr. não via nenhuma dificuldade na concepção do art. 267 do ordenamento revogado e a recorribilidade: “nas hipóteses do art. 267 do CPC (LGL\1973\5) não há complicação alguma com o sistema recursal, visto que o dispositivo cuida sempre da extinção do processo, sendo natural que a impugnação se dê por meio a apelação (art. 513 do CPC (LGL\1973\5)).” THEODORO JR, Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil (LGL\1973\5)*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 4.

<sup>23</sup> 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, Set/2016.

adapte a impugnabilidade do conteúdo da decisão, até por não se aceitar tanta discrepância<sup>24</sup> na recorribilidade e tratamento da impugnabilidade da decisão que podem conter o conteúdo decisório da própria demanda, como no agravo para a decisão parcial e a apelação para a sentença. O ideal é conceber o máximo de aproximação<sup>25</sup> entre os recursos, por mais que persistam diferenças entre eles.

A construção necessária a ser realizada é que o agravo de instrumento tem diretrizes diversas da apelação, mas, nesse caso em específico, serve para impugnar decisões com o mesmo grau de conteúdo, tanto as decisões que versam sobre a extinção quanto sobre o mérito da demanda. A apelação dispõe à parte prejudicada pela decisão uma série de garantias processuais que não estão presentes no agravo de instrumento, o que proporciona diferenças entre os dois institutos recursais e nos leva a uma questão: decisões de mérito prolatadas em momentos diferentes devem ter graus diferentes de recorribilidade? Entende-se que a construção desse agravo deve ser na visão de que terá a formalidade do agravo de instrumento, com a inserção de pontos de aproximação da apelação<sup>26</sup>, justamente pela decisão a ser recorrida, em termos decisórios, tem o mesmo conteúdo da sentença.

Para tanto, na medida da construção de convergências, deve-se entender que esse agravo terá peculiaridades, diferenciando-lhe das demais hipóteses, justamente por impugnar uma decisão que resolve parte da demanda. Importante elencar a seguir

<sup>24</sup> Sobre os regimes recursais diferentes para cada decisão: “Note-se que a solução do mérito dada em sentença, por ser recorrível mediante apelação que em regra tem efeito suspensivo, normalmente não poderá ser, desde logo, executada. Assim, a decisão interlocutória de mérito possui um regime de eficácia privilegiado, em contraste com o da sentença.” WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. vol. 2, 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 207.

<sup>25</sup> “autorizando a regência do agravo de instrumento sobre decisão parcial de mérito pelo mesmo procedimento da apelação, respeitando a isonomia procedimental dos recursos que visam desafiar decisões de natureza semelhante. Para tanto, é necessário que o relator do agravo de instrumento, com base no art. 932, inciso I, decida expressamente pela utilização do procedimento da apelação” LESSA, Guilherme Thofehrn. Julgamento parcial do mérito e a necessidade de aplicação do procedimento recursal adequado. Revista de Processo. Vol. 281, Ano 43, p. 281-303, São Paulo: Ed. RT, Jul /2018. p. 301.

<sup>26</sup> Alertando sobre o problema da diferença dos recursos, mediante qual for a decisão a ser tomada pelo juízo: “Se o juiz resolve aplicar o art. 356 e julgar o mérito de apenas um dos pedidos cumulados, a parte que

as diferenças dessa espécie com as demais de agravo de instrumento, almejando uma convergência com a apelação: (i) a relação com o efeito suspensivo; (ii) a sustentação oral perante a sessão de julgamento; (iii) a possibilidade do agravo de instrumento na forma adesiva; (iv) teoria da causa madura; (v) honorários recursais no agravo de instrumento; (vi) a decisão parcial construída junto com outra decisão que delinea o prosseguimento do processo; (vii) recorribilidade das decisões interlocutórias não passíveis de agravo de instrumento que forem prolatadas antes da decisão parcial; (viii) a ausência do efeito regressivo; (ix) o efeito expansivo do agravo de instrumento da decisão parcial.

Cada uma dessas convergências deve ser enfrentada.

Sobre o *efeito suspensivo* do agravo de instrumento contra a decisão parcial, é importante frisar que há uma anomalia entre os sistemas<sup>27</sup> de eficácia da decisão entre a sentença e a decisão parcial, com a primeira contendo, nos moldes do art. 1.012 do CPC, efeito suspensivo automático em sua recorribilidade, e a segunda, pelo art. 356, § 2º do CPC, tem eficácia imediata, mesmo na existência de recurso.

---

pretender recorrer deverá se valer do agravo de instrumento, o qual via de regra naPo tem efeito suspensivo (art. 1.019, I), e naPo admite sustentação oral (art. 937, VIII). Se o juiz entender por bem naPo desmembrar o objeto litigioso e proferir uma única decisão sobre todos os pedidos cumulados, o recurso cabível é a apelação naPo, o qual tem, de regra, efeito suspensivo automático (art. 1.012) e comporta sustentação oral (art. 937, I). Duas situações essencialmente iguais naPo poderiam ter recebido tratamentos distintos.” SICA, Heitor Vitor Mendonça. Comentário ao art. 1.015. STRECK, Lenio. *Comentários ao Código de Processo Civil, 11ª edição*. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502635609/>

<sup>27</sup> Se o efeito suspensivo não há como ser automático, que ele seja deferido habitualmente na forma procedimental do agravo, com o viés de interpretação pela necessidade – e não possibilidade – do relator conceder para igualar as situações recursais entre a apelação (cabível contra a sentença) e o agravo de instrumento (cabível contra a decisão parcial de mérito). O correto seria a sistematização desse referido agravo de instrumento com os benefícios processuais que a apelação dispõe, ainda que contra a disposição legal, imaginando-se uma regra para as impugnações de decisões que contenham conteúdo de mérito. No sentido da automaticidade do efeito suspensivo: “apesar da literalidade do texto do referido dispositivo, o agravo de instrumento interposto contra decisão parcial terá efeito suspensivo *ope legis*. É automático. Igual ao da apelação. Decorre naturalmente do art. 1.012: “A apelação terá efeito suspensivo”. No sentido de que o efeito suspensivo não pode ser concedi-

Ou seja, são dois sistemas diferentes, o que não se consegue tergiversar sobre o texto positivado, contudo com a menção de que o agravo de instrumento tem a possibilidade, como qualquer recurso, do pleito de tal efeito em seu bojo<sup>28</sup>, para que o relator examine tão logo receba da distribuição.

Apesar de entender que há uma assimetria entre as recorribilidades que necessita ser reparada, no efeito suspensivo é difícil que se transponha à norma para a automaticidade da sua concessão. Todavia, há de se imaginar que o pleito deve ser propensamente mais concedido, seja para suspender a eficácia da decisão, seja para o procedimento.

Sobre a possibilidade de *sustentação oral* para esse agravo de instrumento, o art. 937 do CPC dispõe um rol taxativo de quais as espécies recursais que são passíveis de sustentação oral, sem incluir esse agravo de instrumento especificadamente, somente permitindo quando impugnar tutelas provisórias.

No entanto, esse agravo de instrumento impugna uma decisão parcial sobre a demanda e, em uma busca pela simetria e aproximação à apelação, deveria estar inserto no mesmo rol, dada a amplitude de impugnabilidade recursal e o conteúdo da própria decisão parcial, seja sem mérito, seja com mérito.

O autor do processo objetivamente complexo almejava, *a priori*, uma sentença que abrangesse todos os pedidos realizados, uma única decisão e se houvesse recurso – a apelação –, o recorrente teria a possibilidade de manifestar-se perante o colegiado no Tribunal sobre todos os pontos da demanda. Entretanto, em um processo como este, objetivamente complexo, dada as circunstâncias sobre as questões de fato, pode configurar-se uma bifurcação cognitiva e a cisão procedimental, e, dessa maneira, diante de uma decisão parcial, esta não pode trazer

---

do automaticamente nesse agravo de instrumento: “Assim, analisando o contexto do CPC/15, tem-se tratamento recursal diferenciado para decisão de mérito veiculada sob a forma de sentença e aquela formalizada sob a forma de decisão interlocutória. Na primeira, a regra é a suspensividade; na segunda, apenas a devolutividade. Embora ambas as decisões possam ter o mesmo conteúdo, por estarem submetidas a regimes recursais distintos, não é razoável a utilização de regras de um recurso sobre o outro, sem expressa previsão legal.” SILVA, Beclate Oliveira; ARAUJO, José Henrique Mouta; SILVA, I. L. Eficácia do agravo de instrumento na decisão antecipada parcial de mérito. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. v. 1, p. 57-75, 2016. p. 73.

<sup>28</sup> É pertinente que o recorrente esclareça seu pedido (ou ‘esclareça que seu pedido de efeito suspensivo versa...’?) de efeito suspensivo versa somente sobre a eficácia da decisão parcial ou sobre todo o procedimento ulterior, além da própria decisão.

prejuízo ao recorrente por ser em um momento anterior do que seria na normalidade da relação sentença/apelação.

Não se pode entender como possível duas situações diversas, com conteúdo material com potencialidade idêntica, impor procedimentos recursais díspares, com garantias em um e omitindo sobre essas garantias em outro.

Desse modo, por não ter uma proibição<sup>29</sup> no art. 937 do CPC, é importante que se construa um direito à sustentação oral<sup>30</sup> no agravo de instrumento que impugna uma decisão parcial, pela aproximação com a apelação e a inclusão deste recurso no rol dos passíveis desse instituto<sup>31</sup>.

A decisão parcial de mérito pode ser julgada com os mesmos resultados da sentença, de três maneiras: procedente, improcedente ou parcialmente procedente. Nessa terceira hipótese, ocorre a sucumbência recíproca, com a abertura recursal para que todos os polos do processo possam recorrer.

<sup>29</sup> Sobre a omissão da sustentação oral no agravo de instrumento contra decisão parcial, o nosso posicionamento é idêntico ao de Neves, com a visão de que é uma inexplicável omissão, porém totalmente suprimível pelo entendimento de que o agravo de instrumento dessa decisão deve conter elementos pertinentes ao agravo: "Há nesse rol uma inexplicável omissão. A partir do momento em que o Novo CPC consagra as decisões interlocutórias de mérito, recorríveis por agravo de instrumento, como não se admitir nesse caso a sustentação oral das partes? Tome-se como exemplo o art. 356 do Novo CPC, que consagra o julgamento antecipado parcial do mérito e em seu §5º prevê expressamente a recorribilidade por agravo de instrumento. Julgado todo o mérito antecipadamente, caberá apelação e, nos termos do inciso I do art. 937 do Novo CPC, será permitida a sustentação oral. Mas julgada apenas parcela desse mérito, não caberá sustentação oral do recurso interposto pela parte sucumbente? É óbvio que, havendo um Novo CPC, o ideal seria a previsão expressa de cabimento de sustentação oral em agravo de instrumento contra decisão interlocutória de mérito. A injustificada e incompreensível omissão legislativa, entretanto, não é capaz de afastar esse direito das partes, bastando para fundar tal conclusão uma interpretação extensiva das hipóteses de cabimento. Ora, se é cabível sustentação oral em apelação interposta contra sentença terminativa, como impedi-la em agravo de instrumento interposto contra decisão de mérito?" NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de processo civil*. 8ª. ed. Volume único. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 476/477.

<sup>30</sup> Nesse sentido: ANDREATINI, Lívia Losso. Princípio da oralidade no Novo Código de Processo Civil: a possibilidade de sustentação oral em agravo de instrumento que verse sobre decisão interlocutória de mérito. *Revista de Processo*. Vol. 282, Ano 43, p. 319-334, São Paulo: Ed. RT, Ago/2018.

<sup>31</sup> Enunciado nº. 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).

Nessa hipótese de decisão parcial de mérito com sucumbência recíproca, é aberta a ambas as partes a possibilidade de interposição do agravo de instrumento. No entanto, há a dúvida da seguinte situação: se somente uma delas o fizer, a outra, em prazo para a resposta às razões recursais, pode interpor o recurso adesivo, justamente pela existência da sucumbência recíproca? A resposta divide a doutrina<sup>32</sup>, contudo, é pertinente que seja positiva<sup>33</sup>.

O art. 997, § 2º, II do CPC estipula que a *forma adesiva* somente tem cabimento “na apelação, no recurso extraordinário e no recurso especial”. Todavia, há de se seguir o disposto no parágrafo anterior, quando a disposição alcança uma regra maior, mais genérica e aberta de possibilidade, como autorizante do recurso em sua adesividade quando forem “vencidos autor e réu, ao recurso interposto por qualquer deles poderá aderir o outro”.

A hipótese processual de uma sucumbência recíproca nessa situação do agravo de instrumento contra decisão parcial enquadra-se que o art. 997, § 1º do CPC preconiza que, sendo vencidos autor e réu, ao recurso interposto por qualquer deles poderá aderir o outro.

Mesmo diante de um rol constante no art. 997, § 2º, II do CPC, o correto é o entendimento construído que este não deve ser taxativo, mas meramente exemplificativo das hipóteses em que há a possibilidade de sucumbência recíproca, cabendo em qualquer outro recurso em que a reciprocidade seja possível, como no caso deste agravo de instrumento contra a decisão parcial. Como

<sup>32</sup> No sentido contrário ao cabimento do agravo de instrumento adesivo: “Não podemos olvidar que o art. 997, § 2º, III, prevê que só será admissível o recurso adesivo na apelação, no recurso extraordinário e no recurso especial, sendo ausente a previsão do cabimento de recurso adesivo no agravo de instrumento”. LESSA, Guilherme Thofehrn. Julgamento parcial do mérito e a necessidade de aplicação do procedimento recursal adequado. *Revista de Processo*. Vol. 281, Ano 43, p. 281-303, São Paulo: Ed. RT, Jul / 2018. p. 298.

<sup>33</sup> Concordando com o agravo de instrumento adesivo: “As decisões interlocutórias de mérito, como se verifica, têm conteúdo de sentença, inclusive fazem coisa julgada material e são passíveis de serem impugnadas via ação rescisória. Porém, em virtude da presença do critério finalístico no conceito de sentença, essas decisões são tidas pelo CPC/2015 como interlocutórias e, dessa forma, recorríveis por meio de agravo de instrumento. Daí a necessidade de se permitir, nesses casos, a interposição de agravo de instrumento pela via adesiva, sob pena de surgir uma série de consequências inaceitáveis, tendo em vista a coerência do sistema processual.” MIRANDA, Pedro de Oliveira. *Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015*. 1ª. Ed. Florianópolis, Conceito Editorial, 2015. p. 142.

a reciprocidade na sucumbência somente é possível em uma decisão parcial de mérito, neste caso, essa possibilidade nem seria possível uma situação análoga na decisão parcial sem mérito.

Outro ponto de necessária construção de convergência entre apelação e agravo de instrumento contra decisão parcial é a possibilidade de utilização do art. 1.013, § 3º do CPC – a possibilidade de julgar o mérito diretamente no Tribunal<sup>34</sup> ou a *teoria da causa madura*.

Por essa teoria, um recurso que impugna um vício da decisão recorrida, se este vício for desobstruído<sup>35</sup> pelo Tribunal, reabre-se a possibilidade de julgamento do mérito e, se a demanda estiver em condições de imediato julgamento, sem necessidade de outras provas, o Tribunal pode julgar, desde já, o mérito sem remeter para o juízo de primeiro grau.

O art. 1.013, § 3º do CPC versa sobre essa possibilidade de julgamento imediato no Tribunal para a apelação, ao ser provida para a retirada do vício impossibilitante de enfrentamento cognitivo do mérito; entretanto, todo o desenvolvimento dessa construção equiparativa passa pelo sentido do conteúdo da decisão parcial ser idêntico ao possível na sentença, somente pela situação processual ensejar uma cisão procedimental da deman-

<sup>34</sup> A Teoria da causa madura foi inserida no ordenamento passado e ampliada no CPC/2015, Theodoro Jr. versa sobre a teoria no CPC/73: “Com a nova regra, mesmo que a sentença tenha sido terminativa, o efeito devolutivo da apelação permitirá ao tribunal julgar o mérito da causa, desde que satisfeitos dois requisitos: a) se a causa versar sobre questão exclusivamente de direito; e b) o feito estiver em condições de imediato julgamento (um recurso contra indeferimento da inicial, por exemplo, não pode ser apreciado pelo mérito da causa, porque ainda não se realizou o contraditório; assim, também quando a extinção se deu na fase de saneamento, sem que ainda se pudesse ter o contraditório completo). Não basta, portanto, que a questão de mérito a decidir seja apenas de direito; é necessário que o processo esteja maduro para a solução do mérito da causa”. THEODORO JR. Humberto. *Curso de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. v. 1. 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 661/662.

<sup>35</sup> Sobre efeito desobstrutivo da apelação e a teoria da causa madura: LOPES JR., Gervásio. *Julgamento direto do mérito na instância recursal*. Salvador: JusPodivm. 2007. p. 36. “O julgamento do mérito diretamente pelo tribunal não é consequência do efeito devolutivo do recurso, até porque ele ocorre após o julgamento do recurso – é um outro efeito da apelação, já denominado efeito desobstrutivo do recurso.” CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 194.

da, por caminhos processuais diversos, com isso, se a teoria da causa madura é possível na apelação, em uma situação idêntica de um agravo de decisão parcial deve, igualmente, ser possível.

Dessa maneira, em um julgamento de agravo de instrumento, se a decisão parcial for afastada por alguma das hipóteses dispostas no art. 1.013, § 3º do CPC, o colegiado deve debruçar-se sobre aquela matéria meritória para dedicar-se ao novo julgamento, ainda que seja em agravo de instrumento, contudo com limites ao que foi objeto do recurso e da decisão realizada.

Sobre a condenação em honorários advocatícios, cada decisão que julgar parcela da demanda condenará aos honorários correspondentes, o que importa que a decisão parcial tem o seu capítulo sobre honorários<sup>36</sup>, com a relevância de julgar somente sobre a parcela que já pôde ser julgada. Concomitante a essa inovação, o CPC/2015 trouxe uma inovação na inserção de *honorários advocatícios em grau recursal*. O art. 85, § 11 do CPC estipula que o Tribunal majorará os honorários fixados anteriormente, levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal.

Ou seja, o ato recursal ensejará uma nova sucumbência e condenação em honorários, agora dependendo do resultado recursal. No entanto, é preciso fixar requisitos para tanto, como o julgamento do recurso, o trabalho realizado e a existência de condenação em honorários advocatícios na decisão recorrida.

Desse modo, como a decisão parcial detém condenação em honorários advocatícios ao sucumbente, no agravo de instrumento que impugna essa decisão, naturalmente, serão possíveis os honorários recursais<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Sobre os honorários advocatícios serem fixados a cada decisão, Meireles entende que não é possível e que devem ser dispostos todos somente na sentença, o que discordamos pelo fato de que tornaria a sentença um momento de discriminar honorários do que já foi recorrido ou transitado em julgado, sem proporcionar praticidade ao sistema: "Sendo assim, parece-nos que, de fato, o procedimento a ser adotado e de somente decidir os honorários advocatícios quando da prolação da sentença. Isso porque, em relação aos honorários advocatícios, o juiz haveria de ter em conta a atuação do advogado em todo o processo ajuizado. Da inicial à sentença. Descaberia, assim, ao juiz condenar o vencido de forma antecipada (antecipada?)." MEIRELES, Edilton. Julgamento antecipado parcial do mérito. Revista de Processo. Vol. 252, Ano 41, p. 133–146, São Paulo: Ed. RT, Fev/2016. p. 139.

<sup>37</sup> Nesse sentido: "Por isso, deve-se, pela plasticidade sistêmica, admitir a condenação ao pagamento de honorários de sucumbência quando proferida decisão parcial de mérito, bem como quando julgado o respectivo

A decisão parcial costumeiramente será *construída junto com outra decisão que delinea o prosseguimento do processo*, seja uma decisão de deferimento parcial da inicial, seja uma decisão que saneia e organiza o restante da demanda, seja uma que determina outras provas a serem produzidas e assim por diante. Como a decisão parcial dificilmente será construída de modo isolado, o que importa em delimitar a recorribilidade somente ao conteúdo da decisão parcial, se for o caso.

Geralmente, as decisões interlocutórias que estiverem anexas à decisão parcial, como um deferimento da inicial ou o saneamento e organização do processo, não são agraváveis, o que importa no agravo de instrumento da decisão parcial não versar sobre esse capítulo diverso da decisão interlocutória, pelo fato de que esta decisão está formalmente junto com a decisão parcial, mas, materialmente, é diversa e não agravável.

Não há, portanto, a possibilidade de arrastamento da recorribilidade da decisão parcial para outros conteúdos não agraváveis de conteúdos formalmente, em conjunto com essa decisão interlocutória. É importante que o agravo sobre a decisão parcial não traga as matérias que não são atinentes ao seu capítulo e que estão inseridas na decisão, contudo envoltas de irrecorribilidade momentânea.

Um dos pontos complexos da decisão parcial é a *recorribilidade das decisões interlocutórias não passíveis de agravo de instrumento que forem prolatadas antes da decisão parcial*. Em regra, as decisões agraváveis são as contidas na norma, principalmente no rol descrito no art. 1.015 do CPC, e aquelas que não estiverem especificadas ali ficarão postergadas para serem impugnadas em preliminar de apelação<sup>38</sup>, nos moldes previstos no art. 1.009, § 1º do CPC.

Se a decisão interlocutória não for agravável, a sua recorribilidade será na apelação, essa é a definição da norma processual. Fora a taxatividade mitigada, o ponto complexo está nas decisões interlocutórias não agraváveis que forem anterior-

---

recurso de agravo de instrumento.” MOUZALAS, Rinaldo; TERCEIRO NETO, João Otávio. Decisão parcial de mérito. Revista de Processo. Vol. 260, Ano 41, p. 199-226, São Paulo: Ed. RT, out/2016. p. 223.

<sup>38</sup> “O recurso de apelação foi objeto de algumas modificações relevantes. Primeiramente, as decisões interlocutórias passam a ser desafiadas, em regra, mediante preliminar de apelação ou suas contrarrazões (art. 1.009 § 1º).” HILL, Flavia Pereira. Breves comentários às principais inovações quanto aos meios de impugnações das decisões judiciais no Novo CPC. *Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada – v.6 – Processo nos Tribunais e*

res à decisão parcial, sendo que esta será impugnável por um agravo de instrumento que deve ser compreendido quase como uma apelação, gerando a seguinte dúvida: essas interlocutórias não agraváveis anteriores à decisão parcial devem ser impugnadas no agravo desta decisão ou na apelação?

Essa indagação é complexa e trazida pela situação de bifurcação cognitiva e pela cisão procedimental da demanda. O ponto de pertinência é a análise do conteúdo de cada uma dessas decisões não agraváveis e o grau de relação que teriam com a ulterior decisão parcial. As possibilidades de interligação são: (i) interligação somente com a decisão parcial; (ii) interligação somente com o restante da demanda a ser decidida na sentença; (iii) a interligação com ambos os capítulos da demanda, mas em capítulos diversos da decisão não agravável; (iv) a interligação, ao mesmo tempo, com todos os capítulos da demanda – a parcial e a futura sentença.

Dependendo de cada interligação<sup>39</sup>, será possível que seja impugnável na apelação, nos moldes dispostos no art. 1.009, § 1º do CPC, ou no agravo de instrumento, em uma analogia a este mesmo dispositivo, mas entendendo que a preclusão ocorrerá neste momento recursal, dada a interligação material. Ou seja, pode ser em preliminar de apelação ou preliminar de agravo de instrumento<sup>40</sup>, dependendo do conteúdo da decisão não agravável anterior à decisão parcial.

*Meios de Impugnação às Decisões Judiciais.* Orgs: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACEDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 367.

<sup>39</sup> Enunciado n.º 611 do FPPC: (arts. 1.015, II; 1.009, §§ 1º e 2º; 354, parágrafo único; 356, §5º; 485; 487). Na hipótese de decisão parcial com fundamento no art. 485 ou no art. 487, as questões exclusivamente a ela relacionadas e resolvidas anteriormente, quando não recorríveis de imediato, devem ser impugnadas em preliminar do agravo de instrumento ou nas contrarrazões.

<sup>40</sup> Em modo quase semelhante no geral, mas diverso em ponto específico, Cunha e Didier Jr. entendem que sempre deve ser impugnada no agravo de instrumento, ressaltando as razões: “A decisão anterior tem de ser impugnada apenas no agravo de instrumento, uma única vez. Essa parece ser a melhor solução. Primeiro, por prestigiar a regra de que a impugnação deve ser feita no primeiro momento em que isso for possível à parte (art. 278, CPC). Segundo, porque se trata de interpretação que, por prestigiar a preclusão, concretiza os princípios da boa-fé processual, da razoável duração do processo e da cooperação. Terceiro, porque, assim, a sentença já poderia ser proferida, no mais das vezes, com a certeza sobre a questão resolvida na decisão anterior, sem que se pudesse falar em sentença sob condição, por exemplo. Caso a questão anterior ainda

Na primeira hipótese, com interligação somente com a decisão parcial, essa decisão anterior deve ser impugnada em preliminar de agravo de instrumento, justamente por não comportar agravo de instrumento específico daquela decisão e ter conteúdo atrelado ao que foi decidido na decisão parcial, sendo necessária a sua rediscussão, se assim entenderem, nesse momento da demanda, sendo precluso posteriormente<sup>41</sup>.

Por outro lado, na segunda hipótese, quando a decisão interlocutória anterior à decisão parcial de mérito nada guardar de conteúdo desta, não deve ser atacada no agravo de instrumento desta decisão, aguardando a prolação da sentença para tal desiderato, seguindo o que realmente está disposto no art. 1.009, § 1º do CPC, com a impugnação em preliminar de eventual apelação.

Na terceira hipótese, a decisão não agravável anterior impacta os capítulos da demanda, mas contendo capítulos autônomos de interligação, o que seria uma decisão que aparentemente seria impugnada em cada recurso. Entretanto, é de se imaginar que seja totalmente impugnada no agravo de instrumento, uma vez que é o recurso que poderá, inclusive, pedir a anulação dessa decisão por *error in procedendo*. Ou seja, por mais que tenha essa dúvida e interligação com ambas, separada e internamente na decisão, é prudente que seja impugnada em sua plenitude no agravo de instrumento.

---

não tenha sido resolvida definitivamente (agravo de instrumento não julgado, por exemplo), a apelação seria distribuída por prevenção ao relator do agravo de instrumento, que os julgaria conjuntamente (art. 946, CPC).” CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR, Fredie. O problema das decisões interlocutórias não agraváveis anteriores e o agravo de instrumento contra decisão parcial. <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-188/> - Acessado dia 31 de janeiro de 2019.

<sup>41</sup> No mesmo sentido, Araújo entende que, quando o conteúdo da interlocutória versar somente sobre ponto da decisão parcial, o agravo de instrumento é o momento para ser impugnada a decisão anterior não agravável: “Em relação à primeira hipótese, entendo que o art. 1.009, § 1.º, do CPC/2015, deve ser estendido ao agravo de instrumento contra decisão parcial de mérito. Portanto, o agravante, ao manejar seu apelo (art. 356, § 5.º, do CPC/2015), necessariamente deverá impugnar a questão anterior relativa ao indeferimento de produção de prova, eis que, quando foi assim decidido pelo magistrado de primeiro grau, a interlocutória não estava sujeita ao agravo de instrumento”. ARAÚJO, José Henrique Mouta. A recorribilidade das interlocutórias no novo CPC: variações sobre o tema. Revista de Processo. Vol. 251, Ano 41, p. 207-228, São Paulo: Ed. RT, Jan/2016. p. 212.

A quarta hipótese tende ainda mais a ser no agravo de instrumento, por ser diferente da terceira hipótese em que as interligações eram autônomas, neste caso, o que se decidiu impacta, ao mesmo tempo, em uma mesma questão, ambos os pedidos, o que importa em sua preclusão<sup>42</sup> ser no primeiro momento de recorribilidade, ou seja, no agravo de instrumento, em preliminar, utilizando o art. 1.009, § 1º do CPC.

Em regra, no agravo de instrumento há a possibilidade de retratação do juízo de primeiro grau – *efeito regressivo do agravo*, ainda mais pelo caráter interlocutório da decisão que foi impugnada, dada a reversibilidade de algumas medidas. A dúvida, entretanto, nasce sobre a retratação do juízo de primeiro grau da decisão parcial.

Pela regra disposta no art. 1.018, § 1º do CPC, há possibilidade de retratação no agravo de instrumento, pelo fato de que o somente preconiza-se que “se o juiz comunicar que reformou inteiramente a decisão, o relator considerará prejudicado o agravo de instrumento. Não há distinção no dispositivo anteriormente mencionado entre a retratação e eventual prejudicialidade do agravo de instrumento de uma interlocutória como qualquer outra e a decisão parcial, com a impressão de que, em ambas, o juízo de primeiro grau pode retratar-se com a comunicação da reforma de decisão e a eventual perda do objeto do agravo.

No entanto, a análise deve ser mais minuciosa, com a diferenciação de que a decisão parcial versa sobre conteúdo que seria, normalmente, da sentença, somente com a mudança de que houve a bifurcação cognitiva e a cisão procedimental. De certo modo, é incongruente que a sentença tenha uma rigidez em que a retratação somente ocorra em situações específicas –

<sup>42</sup> Araújo entende que o conteúdo da decisão não agravável, que é comum à decisão parcial e à futura sentença, pode ser impugnável em apelação também, sem qualquer preclusão, o que não nos parece acertado esse posicionamento, pela melhor análise de se impugnar o conteúdo no primeiro momento, ou seja, no agravo de instrumento: “Por outro lado, se a questão processual for comum, a resolução antecipada de um dos capítulos não impede que seja suscitada na apelação ou contrarrazões futuras, exclusivamente em relação ao capítulo de mérito constante na sentença. De fato, a ampliação do efeito devolutivo, prevista no art. 1.009, § 1.º, fica adstrita ao capítulo de mérito resolvido na sentença, não impedindo que a análise feita em relação a capítulo de mérito resolvido antecipadamente possa ser imunizada pela coisa julgada parcial (art. 356, § 3.º, do CPC/2015).” ARAÚJO, José Henrique Mouta. A recorribilidade das interlocutórias no novo CPC: variações sobre o tema. Revista de Processo. Vol. 251, Ano 41, p. 207-228, São Paulo: Ed. RT, Jan/2016. p. 212.

indeferimento da inicial, improcedência liminar e a sentença sem julgamento do mérito – e a decisão parcial tenha uma amplitude maior aos poderes de retratação do juízo.

A regra do art. 494 do CPC que determina que, uma vez publicada a sentença, o juízo só poderá alterá-la para corrigir-lhe, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais ou erros de cálculo ou de embargos de declaração, deve valer para a decisão parcial, igualmente, sem possibilitar o efeito regressivo a esse agravo. Em um comparativo entre esse agravo e a apelação, esta última, em regra, não tem efeito regressivo, até pelo fato do art. 494 do CPC, haja vista que a sentença, ao ser proferida, é revestida de perfeição como ato processual, representando a concepção de resolução judicial para aqueles fatos e demanda, não podendo, o juízo, alterá-la (salvo em casos de erro material).

Todavia, em algumas hipóteses, pode o juízo reanalisar e retratar-se sobre a sua decisão e o recurso, anulando sua decisão e prosseguindo com o processo justamente daquela fase processual em que houve a prolação da sentença. Essa possibilidade de retratação é a manifestação do efeito regressivo, escasso na apelação, mas existente em três situações: indeferimento da inicial (art. 331 do CPC), improcedência liminar (art. 332, § 3º do CPC), ou quaisquer dos casos de sentença terminativa (art. 485, § 7º do CPC), todos no prazo de cinco dias.

Diante da comparação entre o agravo de instrumento e a apelação, mediante a decisão parcial, nos mesmos casos em que couber o juízo regressivo na apelação, caberia nesse agravo<sup>43</sup>, sem ser sempre possível neste último, mesmo que a regra seja essa para o agravo.

Sobre esse agravo de instrumento que impugna a decisão parcial, pelo resultado do seu julgamento é *possível a necessidade do efeito expansivo* do acórdão que substitui a decisão agravada. Essa expansão dos efeitos do julgamento recursal existe

<sup>43</sup> A visão de Mouzalas e Terceiro Neto é correta, contudo não se limita à decisão parcial de mérito, mas de todas as decisões parciais, até pelo fato de que as hipóteses de retratação da apelação são mais atinentes a uma decisão sem mérito do que com mérito. “A interpretação mais adequada parece ser a de que o agravo de instrumento, quando interposto contra decisão interlocutória de mérito, somente terá efeito regressivo nas hipóteses em que a apelação também o teria, caso a questão tivesse sido resolvida na sentença.” MOUZALAS, Rinaldo; TERCEIRO NETO, João Otávio. Decisão parcial de mérito. Revista de Processo. Vol. 260, Ano 41, p. 199-226, São Paulo: Ed. RT, out/2016. p. 214.

pelo impacto do conteúdo da decisão que substituirá a recorrida propiciar mais efeitos ao processo do que o ensejado no recurso, alcançando não somente o que se esperava naquele recurso e decisão recorrida, mas também outros pontos processuais ou partes posteriores.

Com o resultado do julgamento do agravo de instrumento e a depender do que se julgou, o conteúdo do acórdão pode ocasionar reflexos que não foram imaginados. Quando se recorre de uma decisão para alterá-la, dependendo dos argumentos e da devolutividade do que se recorreu, o julgamento pode ater-se a alterar a decisão recorrida ou ampliar a sua eficácia para outros atos processuais, até anulando ou impactando outros pontos, inclusive o que já se decidiu em sentença posterior, mesmo que recorrida por apelação ou transitada em julgado, possibilitando uma ação rescisória.

Dessa maneira, nesse agravo de instrumento que impugna a decisão parcial, dependendo de seu resultado, o conteúdo do que se recorreu e o resultado do recurso podem impugnar a existência ou não do procedimento posterior, com a possibilidade de anular alguns atos ou até a determinação de como serão as questões de fato para outros pontos a serem decididos na sentença ainda a ser prolatada.

Um ponto a ser considerado e relacionado com o agravo de instrumento que impugna a decisão parcial é a diferenciação necessária desta forma de recurso com os recursos parciais. A conceituação de um recurso parcial é aquela que, diante de uma decisão que contém mais de um capítulo decisório, escolhe, diante da faculdade material recursal, impugnar somente parte do ato decisório impugnado. Mediante isso, a devolutividade da jurisdição para o Tribunal ocorre nos limites do que se impugnou, impossibilitando a manifestação no julgamento revisional daquilo que, materialmente, não está sob sua jurisdição.

Nessa hipótese narrada, ocorre uma recorribilidade parcial<sup>44</sup> e, assim, a preclusão<sup>45</sup> sobre os capítulos não impugnados, seja

<sup>44</sup> Sobre o art. 1.002 do CPC permitir que a parte recorra somente do que entender pertinente, materialmente, da decisão, sem qualquer necessidade de impugná-la por inteiro: "O art. 1.002 permite à parte recorrente que impugne apenas parte da decisão. Em boa hora substituiu o legislador a palavra sentença por decisão, que é gênero. A tendência é que a parte não impugnada torne-se estável e, em alguns casos, esta estabilidade se manifesta por meio do instituto da coisa julgada". ALVIM, Teresa Arruda. Comentários ao art. 1.002. CABRAL, Antonio Passos, CRAMER, Ronaldo (orgs.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, 2ª edição.

sobre questões, seja sobre pedidos da demanda. Nestes últimos, a preclusão proporcionará a coisa julgada material<sup>46</sup>.

No entanto, pertinente dizer que o agravo de instrumento que impugna a decisão parcial não é, automaticamente, um recurso parcial<sup>47</sup>. Se entender-se por uma bipartição cognitiva e uma cisão procedimental, o agravo de instrumento ataca a decisão que é possível de atacar, com a limitação pertinente ao próprio conteúdo decisório da interlocutória a ser impugnada.

O agravo de instrumento contra a decisão parcial será um recurso com a possibilidade de ser integral<sup>48</sup> ou parcial, sem atrelar-se a qualquer dessas modalidades somente por impugnar uma

---

Método, 06/2016. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971441/>

<sup>45</sup> “capítulo não impugnado fica acobertado pela preclusão.” CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 96.

<sup>46</sup> Sobre a não impugnabilidade de algum dos capítulos decisórios da sentença: “Se capítulos inatacados reputam-se cobertos pela preclusão adequada ao caso, tendo portanto mesmo destino que e o ato decisório inteiro (está certo esse trecho?), se recurso algum houvesse sido interposto. Se o capítulo irrecorrível fizer parte de uma sentença, a preclusão incidente sobre ele será a *preclusio maxima*. Ou seja, a coisa julgada formal; se contiveram julgamento de mérito, seus efeitos fizeram também imunizados pela autoridade da coisa julgada material.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 3a. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 105.

<sup>47</sup> O agravo de instrumento da decisão parcial somente pode impugnar a decisão parcial, logo, se impugná-la por completo, será um recurso total e não parcial. “Recurso parcial é aquele que, em virtude de limitação voluntária, não compreende a totalidade do conteúdo impugnável da decisão. O recorrente decide impugnar apenas uma parcela ou um capítulo da decisão. (...) Recurso total é aquele que abrange todo o conteúdo impugnável da decisão recorrida. Se o recorrente não especificar a parte em que impugna a decisão, o recurso deve ser interpretado como total.” CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 96/97.

<sup>48</sup> Sobre a diferença entre recurso integral e parcial, Dinamarco descreve: “Recurso integral é o que contém a impugnação de toda a decisão, em todos os seus capítulos, e portanto opera a devolução de toda a matéria decidida; parcial, o que se refere somente a um, ou alguns dos capítulos de sentença, deixando sem impugnação o outro ou outros. Mesmo a apelação, que é potencialmente um recurso pleno, deixa de operar a devolução de todos os capítulos e portanto de toda a causa, nos casos em que ela for concretamente parcial.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *Capítulos de sentença*. 3ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 98.

decisão parcial. Se impugnar todo o conteúdo da decisão parcial, será integral; se impugnar algum capítulo da decisão parcial, sendo esta com conteúdo plúrimo, será parcial.

### 2.3 A remessa necessária e a decisão parcial

O art. 496 do CPC delimita que uma sentença prolatada contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público estarão sujeitas ao duplo grau de jurisdição, sem produzir efeitos enquanto não forem confirmadas pelo Tribunal, bem como aquela que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.

Essas espécies de sentença, mesmo sem interposição de recurso do ente público, não produzirão eficácia imediata, com a necessidade de revisão obrigatória pelo colegiado de segundo grau, sem possibilitar, em regra, o trânsito em julgado. A sentença foi proferida, há um conteúdo condenatório contra alguma Fazenda Pública em juízo e, ainda assim, não tem a possibilidade de produzir efeitos, dada a redação do mencionado dispositivo<sup>49</sup>.

Para a conceituação, a remessa necessária “tem a virtude de suspender os efeitos da sentença até que sobre ela se pronuncie a instância superior. O que ela exprime, portanto, em sua configuração mais simples, é a devolução da causa ao Tribunal (...) independentemente de recurso interposto pelas partes<sup>50</sup>”. Essa remessa, um ato de ofício, é ato administrativo vinculado, utilizando o termo dever, não sendo faculdade do juízo, quando deparar-se com as hipóteses cabíveis.

A remessa necessária é um dos meios que um processo pode ser levado a uma revisão pelo Tribunal, sendo possível em conjunto com recurso ou independente deste, mas não podendo ser confundido com este. No entanto, existe dúvida sobre a natureza

<sup>49</sup> Outra conceituação possível da remessa, sobre a qual concordamos: “a remessa necessária, remessa ex officio ou reexame necessário é um instituto que objetiva preservar a esfera jurídica da Fazenda Pública, determinando que toda sentença que julgue procedente o pedido da parte autora em face da Fazenda Pública [...] deverá ser remetida ao Tribunal, para confirmação ou não, independente de as partes interpor recurso voluntário”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo: introdução ao processo civil*. V. I. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 570.

<sup>50</sup> BUZAID, Alfredo. *Da apelação ex-officio*. São Paulo: Saraiva, 1951. p. 37.

jurídica da remessa necessária, gerando discussão na doutrina, com a visualização de discordância entre forma de um recurso oficioso ou a simples condição de eficácia da decisão. Dentro dessa discussão, opta-se pelo entendimento de que a remessa não é um recurso<sup>51</sup>, mas uma obrigatoriedade<sup>52</sup> de reanálise daquela decisão

<sup>51</sup> Entendemos que remessa necessária não é recurso por não preencher todos os requisitos para o enquadramento neste, principalmente pela falta de voluntariedade e dialeticidade, como Rodrigues também preconiza, o qual concordamos com esta visão: “Apesar de existir entendimento no sentido de que o reexame possui natureza jurídica de recurso, na realidade trata-se de uma condição de eficácia da sentença contrária às pessoas jurídicas de direito público. Não é possível enquadrar o duplo grau obrigatório como recurso, já que aquele não atende a princípios basilares dos recursos, como é o caso da voluntariedade, da taxatividade, e da discursividade”. RODRIGUES, Marco Antônio. *A fazenda pública no processo civil*. Ed. Gen Atlas. 1ª ed. São Paulo. 2016. p. 79. No entanto, existem entendimentos contrários de que a remessa seria um recurso, alguns, como Araken de Assis, entendem que interposto pelo juízo (ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. São Paulo: Ed. RT 2007. p. 852) ou, ainda, em entendimento recente Cunha e Didier Jr. como um autêntico recurso pela desnecessidade de entender como recurso um conceito fechado, o que entendemos não proceder. “Ao praticar o ato de impulso oficial, o juiz provoca a impugnação compulsória, sem que haja vontade de qualquer das partes. Não existe um conceito universal de recurso. Este é construído a partir da singularidade de cada sistema positivo. No sistema brasileiro, há recursos voluntários e recursos compulsórios. Em ambos, há provocação e impugnação.” CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 404. Medina tem uma visão contemporizadora: “De todo modo, ainda que se afirme que o reexame necessário não tenha a natureza de recurso, é inegável que a atividade desenvolvida pelo tribunal, ao verificar se mantém ou não a decisão sujeita a reexame, assemelha-se à que se opera quando do julgamento de um recurso. Por isso, p. ex., é que se entende que a competência do relator para julgar recursos estende-se também ao reexame necessário (cf. Súmula 253 do STJ, nota supra). O reexame necessário, no entanto, volta-se apenas à verificação da correção da decisão reexaminada, não se sujeitando ao interesse das partes (como se daria, se se tratasse de um recurso)”. MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2ª Ed. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 484.

<sup>52</sup> “Que fique, pois, fixado o entendimento neste trabalho de que o reexame necessário é condição de existência da sentença, pois o segundo julgamento é constitutivo integrativo do título, como o é a sentença de liquidação em relação ao seu aspecto quantitativo.” FELIX, Juarez Rogério. O duplo grau de jurisdição obrigatório. In: Teresa Arruda Alvim Wambier; Nelson nery Jr. (Org.). *Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei 9.756/98*. 1ª. ed., p. 420-432, São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 429.

de mérito, nas hipóteses anteriormente elencadas, com uma revisão automática que possibilita um novo enfrentamento de toda a matéria, debelando o efeito devolutivo amplo, mediante o ato ordinatório do juízo proceder à remessa, contudo com um efeito translativo, devolvendo matéria para reanálise sem uma delimitação material de impugnabilidade, impedindo a formação da coisa julgada enquanto não houver a confirmação pelo Tribunal.

Obviamente que se houvesse a necessidade de enquadrar a remessa necessária em uma espécie de instituto, o recurso seria o mais próximo; entretanto, não há necessidade desse enquadramento, com a total viabilidade da remessa ser um instituto autônomo de revisão de decisão judicial, podendo ser concomitante ao recurso, mas não se confundindo com este.

Inobstante ao conceito e à existência da remessa necessária, o CPC/2015 positivou a decisão parcial, mediante a prolação de um ato decisório que cinde a demanda, com ou sem mérito, porém abre um ponto importante de enfrentamento: a inter-relação entre a remessa necessária e a decisão parcial.

Antes do enfrentamento sobre a relação entre remessa necessária e decisão parcial, é importante esclarecer que a decisão parcial sem mérito não detém relação com a remessa por não enquadrar nas hipóteses mencionadas pelo art. 496 do CPC, uma vez que essa seria para extinguir parcela da demanda, o que não poderia ser uma decisão contra ente público, tampouco julgando procedentes embargos à execução. Por isso, o estudo da relação da remessa necessária com a decisão parcial deve ater-se à de mérito, pela inviabilidade da decisão parcial sem mérito enquadrar-se nos requisitos da remessa necessária.

Ultrapassando esse descarte da relação da decisão parcial sem mérito e a remessa necessária, o foco de indagação deve ser se é possível a remessa necessária na decisão parcial de mérito que se enquadre nas hipóteses delineadas no art. 356 do CPC para a decisão procedimental da demanda e no art. 496 do CPC para o cabimento da remessa necessária.

O primeiro ponto a ser analisado é a total abertura para que uma decisão parcial de mérito seja proferida contra qualquer ente público enquadrável na remessa necessária. Não há nenhum impeditivo de que a bifurcação cognitiva e a decisão procedimental alcancem as ações com a Fazenda Pública em juízo. Ou seja, o juízo, ao ter a percepção da conjunção dos requisitos para a prolação de uma decisão parcial de mérito contra um ente público, deve assim proceder, sem preocupações sobre a remessa necessária ser possível ou não, cindindo a demanda e seus méritos.

Depois, passando a um segundo ponto, devemos analisar o termo “sentença” no art. 496 do CPC que disciplina a remessa necessária. Se imaginar uma interpretação totalmente literal<sup>53</sup>, o mencionado dispositivo estipularia somente como passível de remessa necessária à sentença, com a decisão que encerra a fase de cognição, com ou sem mérito, em um enquadramento ao conceito previsto no art. 203, § 1º do CPC. Por outro lado, é possível entender que essa disposição seria no sentido de enquadrá-la como todo ato de decidir, com uma acepção mais ampla da semântica do termo.

Mas, para o cabimento da remessa necessária na decisão parcial, essa dúvida precisa ser enfrentada: qual foi a intenção do art. 496 do CPC e o termo sentença? A resposta deve tender a ser ampliativa, pelo fato de que o termo sentença não deve ser entendível como restritivo, até por ser assistêmico se assim fosse<sup>54</sup>. O entendimento deve ser por uma visão maior, do enquadramento dos institutos correlatos de modo amplo, em um sistema superior.

<sup>53</sup> Nery Jr. e Nery entendem necessária somente recair o instituto sobre sentença, não possibilitando ampliação de interpretação: “O dispositivo fala em sentença, que é ato do juiz singular que, ao mesmo tempo, contém uma das matérias do CPC 485 ou 487 e extingue uma fase cognitiva do procedimento comum ou a execução (CPC 203 § 1º). Somente as sentenças de mérito (CPC 487), nos casos do CPC 496 I e III, proferidas por juízo de primeiro grau, estão sujeitas à remessa necessária”. NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16ª. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 1.269.

<sup>54</sup> A visão defendida deve ser no sentido de que o termo sentença deve ser maior do que aquela acepção específica delineada como positivado para o processo. Ou seja, qualquer decisão que seja contrária à Fazenda Pública e enquadra-se no mesmo parâmetro da sentença prevista no art. 496 do CPC deve ser assim entendida como correlata e, portanto, cabível a remessa necessária. “A partir desta visão, o hermeneuta, ao promover a leitura da norma sobre remessa necessária, deve entender que o desejo do legislador contido no art. 496 do CPC/2015 é que as decisões, sejam sentenças ou decisões interlocutórias parciais de mérito, devem passar por revisão do tribunal ao qual o juiz está subordinado, já que a inteligência da norma se relaciona com a onerosidade que a Fazenda Pública pode sofrer em razão da sentença que lhe é desfavorável, de forma que se uma decisão parcial, em vez de uma sentença, também impõe o mesmo efeito à Fazenda Pública, deve, de maneira idêntica, passar pelas mesmas condições de reexame para que gere os seus respectivos efeitos jurídicos.” LEMOS, Walter Gustavo da Silva; LEMOS, Vinicius Silva. A decisão parcial de mérito e a total simetria com a remessa necessária. In: José Henrique Mouta Araujo; Leonardo Carneiro da Cunha; Marco Antonio Rodrigues. (Org.). *Coleção Repercussões do Novo CPC – Fazenda Pública*. 2ed., p. 795-813, Salvador: Juspodivm, 2016. p. 804.

Logo, a remessa necessária deve ser passível em toda decisão que se enquadrar nos ditames dos incisos do art. 496 do CPC e não somente na sentença, haja vista que o intuito de sua existência é a proteção do ente público, em qualquer decisão<sup>55</sup>.

E o terceiro ponto enfrentado é a inexistência de proibição de que a remessa necessária seja enquadrável para a decisão parcial. Se o art. 496 do CPC utiliza o termo sentença e gera essa dúvida, não há nenhuma restrição ao termo decisão parcial, o que abre a possibilidade de diálogo entre os institutos, justamente pela decisão parcial conter uma matéria que seria julgada na sentença, porém que foi adiantada pela bifurcação cognitiva e cisão procedimental. A proteção ao ente público deve continuar, independentemente da formalidade da decisão, importando o conteúdo da decisão, utilizando mais os incisos do art. 496 do CPC do que o seu *caput*.

Diante desses três pontos, o entendimento deve ser pelo diálogo<sup>56</sup> entre a decisão parcial de mérito e a remessa necessária<sup>57</sup>.

No entanto, a cisão procedimental que a decisão parcial impõe ao processo traz alguns problemas procedimentais para a

<sup>55</sup> Nessa mesma linha de raciocínio, Oliveira argumenta que deve ser construído um entendimento de que a decisão parcial de mérito é, em termos de conteúdo, igual à sentença, e a prerrogativa da Fazenda Pública deve acompanhar para que seja sistêmica. “Deve-se objetar que uma decisão interlocutória terá maior força, no presente caso, executiva, do que uma sentença proferida em desfavor da Fazenda Pública, o que mereceria a remessa necessária, por este conseqüente lógico, também as decisões que julgarem antecipadamente e parcialmente o mérito.” OLIVEIRA, Weber Luiz de. Remessa necessária, julgamento antecipado parcial do mérito e estabilização da tutela antecipada – reflexões iniciais para execução contra a Fazenda Pública diante do Código de Processo Civil de 2015. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. n. 66. Maio/Jun/2015. p. 61.

<sup>56</sup> Sobre a necessidade da remessa necessária na decisão parcial de mérito: “Embora o artigo 496, em seu *caput*, mencione o cabimento da revisão obrigatória apenas de sentenças, sem cuidar de outras decisões, é fundamental interpretar o novo CPC sistematicamente. O novo diploma legal tratou expressamente de outras decisões do Judiciário em primeiro grau que possuem papel típico de sentença, apenas de não possuírem tal natureza: são as decisões interlocutórias de mérito. É o que se tem no caso do julgamento antecipado parcial de mérito”. RODRIGUES, Marco Antônio. *O reexame necessário no julgamento antecipado parcial do mérito*. <http://genjuridico.com.br/2016/05/20/o-reexame-necessario-no-julgamento-antecipado-parcial-do-merito/>. Acessado em 31 de janeiro de 2019.

<sup>57</sup> No mesmo sentido: WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. vol. 2, 5ª. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 207.

remessa necessária, com a necessidade de entender esses pontos e definir uma solução para que a aplicação seja possível e normal. O intuito da remessa é resguardar o direito subjetivo do ente público a passar, antes de eventual cumprimento de sentença, ao duplo grau de jurisdição obrigatório, com a necessidade de sistematizar o cabimento da remessa necessária à decisão parcial de mérito.

Evidentemente, diante da construção dessa possibilidade, que os juízos e seus cartórios devem adaptar-se à interligação entre decisão parcial e remessa necessária, com a conjunção dos institutos e consequências da cisão procedimental, tais como: (i) a divisão dos valores dos pedidos para fins de dispensa de remessa; (ii) uma remessa necessária por instrumento na falta de recurso; (iii) impossibilidade de execução imediata.

Um dos principais problemas a serem compreendidos nessa relação entre remessa necessária e decisão parcial está justamente na cisão procedimental e seus efeitos. Se o autor cumulou uma demanda contra um ente público, poderia ter intentado com diversas ações, contudo, no geral, optou pela junção e economicidade, os benefícios da cumulação. Por outro lado, ao ser prolatada uma decisão parcial de mérito, o processo é cindido e aquela cumulação não existirá mais e, assim, deve-se entender que a conjunção da remessa necessária com essa decisão deve depender, em termos de valores condenatórios como duas demandas, aquela que foi cindida e aquela que permanece para ser julgada na sentença.

Não há mais cumulação, não há mais a conjunção de todos os pedidos em uma só demanda. Ao decidir parcialmente o mérito, o que foi decidido será uma demanda diversa daquela que prossegue para outro julgamento e, assim, mediante as hipóteses de dispensa da remessa necessária pelos valores da condenação, conforme o descrito no art. 496, § 3º do CPC, de cada decisão terá relação com o valor inserto de seu conteúdo, sem mais ser uma conjunção de todos os pedidos.

Desse modo, se uma demanda foi intentada com dois pedidos que no cômputo geral possibilitavam a remessa necessária em caso de procedência contra o ente público, na decisão parcial e cisão procedimental, os valores de cada decisão serão a base referencial para a dispensa, ou não, da remessa necessária.

Um segundo problema existente na relação entre a remessa necessária e a decisão parcial de mérito contra um ente público está pela obrigatoriedade de uma remessa dos autos para o reexame do duplo grau, prevista pelo art. 496 do CPC. O proble-

ma está em proceduralizar, na realidade cotidiana, a remessa necessária de modo parcial, uma vez que, com a prolação da decisão parcial de mérito, o restante do processo permanece ligado jurisdicionalmente ao juízo de primeiro grau, apesar de cindido cognitivamente e proceduralmente. O recurso cabível é o agravo de instrumento, o qual não remete o processo automaticamente para o Tribunal, somente protocola a peça recursal diretamente no órgão de segundo grau, junto com as cópias necessárias para o julgamento, com a criação de um novo procedimento diretamente no Tribunal.

Há a necessidade de sistematizar essa incongruência, afinal, a remessa após a sentença ocorre com o término integral da jurisdição de primeiro grau e com a totalidade do processo sendo remetido ao Tribunal. No entanto, se o processo permanece em primeiro grau para o julgamento da parcela ainda pendente e o recurso impugnativo da decisão parcial é protocolado diretamente no grau recursal, como incumbência da parte, a remessa necessária, de igual maneira, deve ser remetida ao Tribunal mediante a decisão existente.

Como a interposição recursal não impede a remessa necessária, trabalhando as duas impugnações conjuntamente, se da decisão parcial houver um agravo de instrumento interposto, evidentemente a impugnação realizada por este supre a criação de um procedimento no Tribunal, o qual também servirá para a remessa necessária. O juízo, quando prolata uma decisão passível de remessa necessária, deve constar que aquele ato está submetido à revisão necessária pelo Tribunal, visto que não há ainda, temporalmente, como saber se a decisão será impugnada via recurso, ou não.

O próprio art. 496, § 1º do CPC determina que, após o prazo legal do recurso, o juiz ordenará a remessa dos autos ao Tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo Tribunal avocá-los-á. Ou seja, com a existência ou não do recurso, o processo irá ao Tribunal. Contudo, essa sistemática foi imaginada para a apelação e a remessa necessária; sem a apelação interposta, o juízo determinaria a remessa dos autos pela necessidade de revisão. Com a apelação protocolada, o juízo determina a remessa dos autos para a análise do recurso e da remessa necessária, conjuntamente, uma vez que a existência de recurso não afasta o alcance material da remessa.

Trazendo para a decisão parcial, se a parte interpôs o agravo de instrumento, o juízo poderá somente oficiar o Tribunal com a informação sobre o enquadramento dessa situação

decisória à remessa necessária e, eventualmente, juntar documentos que não foram juntados pelo agravante, se o processo for físico. Mediante isso, o próprio procedimento do agravo de instrumento já é aproveitável pela remessa necessária.

No entanto, se nenhuma das partes interpuser o agravo de instrumento, a remessa necessária parcial deve separar-se do restante do processo, para ser remetido de maneira autônoma ao Tribunal de segundo grau.

Diante dessa visualização, com a prolação da decisão parcial de mérito contra o ente público, ao mesmo tempo em que o juízo especifica que essa decisão enquadra-se no duplo grau obrigatório, deve determinar a responsabilidade do cartório para que proceda, na ausência de agravo de instrumento, à remessa ao Tribunal, como, de igual maneira, deve fazê-lo em qualquer remessa necessária, com a notória diferença de que iniciará um procedimento.

Ou seja, caso não haja agravo de instrumento para que se aproveite a existência procedimental deste, o juízo de primeiro grau deve realizar uma remessa necessária por instrumento<sup>58</sup>, com o início de um procedimento no Tribunal, via ofício, trasladando peças processuais para instruir a remessa necessária, principalmente se for físico<sup>59</sup>.

<sup>58</sup> No mesmo sentido que defendemos da remessa necessária por instrumento: "O que deve fazer o juiz de primeiro grau para provocar o reexame de sua decisão? Quando se tratar de sentença, os próprios autos são remetidos ao tribunal. Contudo, quando se tratar de decisão parcial (interlocutória de mérito), deve ser feita cópia dos autos e formado um instrumento a ser remetido para o respectivo tribunal, numa espécie de instrumento ex officio, de modo que o processo tenha seu prosseguimento natural no primeiro grau de jurisdição no que se refere aos demais pedidos. É, portanto, a remessa necessária formalizada por meio de agravo de instrumento de ofício." OLIVEIRA, Pedro Miranda de. O regime especial do agravo de instrumento contra decisão parcial (com ou sem resolução de mérito). *Revista de Processo*. Vol. 264, Ano 42, p. 183-205, São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 188.

<sup>59</sup> No sentido de que no CPC/73, com a dúvida sobre o recurso da sentença parcial, a proposta de parcela da doutrina era por apelação por instrumento, dada a inovação do processo eletrônico. Já definido que o recurso será o agravo de instrumento, tal solução seria pertinente para delinear a remessa necessária e a procedimentalização, mediante a instrumentalidade possível em um processo eletrônico: "Porém, vislumbram-se alternativas. Com a incorporação do processo eletrônico, o trâmite do recurso de apelação sobre tais sentenças parciais, se for essa linha adotada, será de fácil solução: encaminha-se cópia digital do processo ao órgão colegiado para que decida nos limites do recurso."

Outro ponto importante para sistematizar a remessa necessária e a sua relação com a decisão parcial é a *impossibilidade de execução imediata do que se decidiu parcialmente*, diferentemente do que se preconiza o art. 356, § 2º do CPC que, mesmo que haja agravo de instrumento, este não terá efeito suspensivo e a parte vencedora poderá liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução.

A dúvida está se essa regra pode ser aplicada quando se imagina uma decisão parcial de mérito contra um ente público e o cabimento da remessa necessária? Para que seja possível esse cabimento, essa ausência de efeito suspensivo proveniente do art. 356, § 2º do CPC não deve (ser?) possível de utilizar, justamente pela característica da própria remessa, tendo em vista que o duplo grau obrigatório detém a serventia de impedir que o ente público seja imediatamente impactado pela coisa julgada e a eficácia da decisão eventualmente não recorrida.

Desse modo, o art. 496 do CPC, em seu *caput*, dispõe sobre a remessa necessária sobre a eficácia da sentença somente depois da confirmação pelo Tribunal e, no caso de decisão parcial, o pensamento deve prosseguir em sentido idêntico, afinal, sobre a eficácia da decisão dispõe que não deve produzir efeito, senão depois de confirmada pelo Tribunal.

Mesmo que haja essa colisão entre os arts. 356, § 2º e art. 496 do CPC sobre a produção ou não de efeitos da decisão parcial de mérito contra um ente público e a remessa necessária, é necessário entender que o instituto da remessa excepcionaliza uma situação processual<sup>60</sup>, concedendo uma proteção maior e específica à Fazenda Pública em juízo. E, ainda, é de imaginar que o primeiro dispositivo somente discorre que, em eventual recurso, este não conterà efeito suspensivo automático, com a possibilidade de execução provisória, mas nada dispõe sobre a

---

SCARPARO, Eduardo Kochenborger. Sentenças parciais? Considerações a partir de reforma do art. 161, §1º, do CPC. Revista de Processo. Vol. 148, Ano 32, p. 153-168, São Paulo: Ed. RT, Jun/2007. p. 158.

<sup>60</sup> No mesmo sentido de interpretar que há o efeito suspensivo na remessa necessária: "Por essas razões não se adota a tese da eficácia suspensiva ope legis da decisão antecipada parcial de mérito provisória, salvo nas hipóteses de: (...) b) decisão contra a Fazenda Pública que tenha por objeto obrigação de dar quantia certa;" SILVA, Beclaute Oliveira; ARAÚJO, José Henrique Mouta; SILVA, I. L. Eficácia do agravo de instrumento na decisão antecipada parcial de mérito. Revista Eletrônica de Direito Processual. Vol. 1, p. 57-75, 2016. p. 73.

remessa necessária, fora o fato de que a Fazenda Pública detém um sistema especial para o cumprimento de sentença.

Dessa maneira, deve prevalecer, diante dessa colisão de normas, o contido no art. 496 do CPC, sem a eficácia imediata do que for decidido parcialmente contra um ente público, se enquadrável para o duplo grau obrigatório. No entanto, se a decisão parcial contra um ente público não for passível de remessa necessária, a regra seria nos moldes do agravo de instrumento.

A remessa necessária e a decisão parcial devem entrelaçar-se em uma interpretação adequada de ambos os institutos, com a manutenção do que for possível de cada qual, contudo com a lembrança de que a remessa existe como prerrogativa aos entes públicos, sem a possibilidade de sua relativização<sup>61</sup>.

A possibilidade de uma decisão parcial com ou sem mérito não é novidade na processualística brasileira<sup>62</sup>, somente foi positivada pelo CPC/2015. Entretanto, a cisão cognitiva sempre foi alvo de discussão, seja nos procedimentos especiais, seja depois da alteração na Lei nº 11.232/2005, quando alterou o conceito de sentença e interlocutória.

<sup>61</sup> “A interlocutória de mérito, em princípio, é desde logo eficaz, pois o recurso cabível contra ela, o agravo de instrumento (arts. 356, §§ 2.º e 5.º, e 1.015, II, do CPC/2015), não tem efeito suspensivo automático (art. 995 do CPC/2015) - diferentemente da sentença final, que é objeto de apelação, que em regra tem efeito suspensivo (art. 1.012 do CPC/2015). Some-se a isso a previsão de “dispensa” de caução para a execução provisória - disposição cujo exato sentido também é controverso (v. vol. 3, cap. 16), mas que também sugere alguma especial eficácia da decisão em questão. A ausência de reexame estaria em consonância com esse contexto.” WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. Vol. 2, 5ª. ed., São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 207.

<sup>62</sup> Sobre a decisão parcial já ser possível mesmo no ordenamento passado: MARTINS, Pedro Baptista. A arbitragem e o mito da sentença parcial. in CARMONA, Carlos Alberto (coord.); LEMES, Selma Ferreira (coord.); MARTINS, Pedro Batista (coord.). Arbitragem: Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares *in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007; SANT ANNA, Paulo. Sentença parcial. in MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luiz Otávio Siqueira de; GOMES JR., Luis Manoel (coords.). Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Ed. RT, 2008; REDONDO, Bruno Garcia. Sentença parcial de mérito e apelação em autos suplementares. Revista de Processo. Vol. 160, Ano 33, São Paulo: Ed. RT, jun/2008; OLIVEIRA, Bruno Silveira de. Um novo conceito de sentença?. Revista de Processo. Vol. 149, Ano 32, p. 120-138, São Paulo: Ed. RT, Jul/2007; VAREJÃO, José Ricardo do Nascimento. As classificações, a lei 11.232/2005 e o novo conceito de sentença”. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos Polêmicos

Na existência de um procedimento comum, como nos moldes do CC/73, este não era passível de cisão, até pela prevalência da teoria da unicidade da sentença. Todavia, não significava que não havia possibilidade de cisão no processo civil, somente era guardada uma espécie própria de procedimento para tal possibilidade de cisão cognitiva, no caso com duas sentenças na demanda, inserindo essas possibilidades nos procedimentos especiais.

A Lei nº 11.232/2005 alterou o CPC/73 com a retirada do teor que atrelava o conceito desta decisão com a necessidade de fim do processo, enquadrando somente ao seu conteúdo, na época que versassem nos moldes dos revogados arts. 267 e 269, sem e com mérito, respectivamente. Mediante isso, qualquer decisão que versasse sobre os mencionados artigos seria, em termos de conteúdo, uma sentença, ainda que parcial.

E se isso impactava o fato de ser uma sentença, alterava toda a sistemática de recorribilidade, execução e, também, da coisa julgada. O impacto da prolação de uma decisão parcial não é somente na própria decisão e seu conteúdo, mas uma cisão procedimental que impacta os demais institutos posteriores, altera, por exemplo, a responsabilidade.

Esses são reflexos que serão enfrentados com base na possibilidade da cisão cognitiva e procedimental pela prolação de uma decisão parcial e, ainda, com a análise sobre o diálogo com a decisão parcial sem mérito ou com mérito, ou com ambas. Nessa segunda parte do estudo, o enfrentamento será sobre a relação da decisão parcial e os institutos da coisa julgada da decisão parcial, a questão de fato resolvida e a impossibilidade de rediscussão na sentença, ação rescisória da decisão parcial; a liquidação de sentença da decisão parcial, execução parcial – provisória e definitiva – e a suspensão parcial por repetitivos.

## **2.4 A formação da coisa julgada na decisão parcial e o impacto no restante da cognição**

O CPC/2015 criou um sistema de decisão parcial, positivando as hipóteses de prolação de decisões interlocutórias com ou sem mérito, bem como reconceituando sentença e decisão

---

da Nova Execução: de títulos judiciais a Lei nº. 11.232/2005. São Paulo: Ed. RT, 2006; SICA, Heitor Vitor Mendonça. Algumas implicações do novo conceito de sentença, de acordo com a Lei n. 11.232/2005. in CARMONA, Carlos Alberto (coord.). Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil. 1ª. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 188.

interlocutória<sup>63</sup>. Conseqüentemente, a coisa julgada teve tratamento específico sobre essa alteração, uma vez que é dialógica com esse sistema.

O conceito de coisa julgada é tornar imutável uma decisão de mérito final da demanda ou de parcela desta, sem a interposição ou cabimento de um recurso, com a ocorrência do trânsito em julgado da decisão e, conseqüentemente, sem a possibilidade de discutir e decidir aquele ponto material novamente. Essa conceituação é a conjunção entre os arts. 502 e 503 do CPC, impondo uma força legal para o que foi decidido materialmente.

Obviamente que também se pode mencionar a existência<sup>64</sup> de uma coisa julgada meramente processual, ou formal, quando não há decisão de mérito na demanda, mas uma decisão de extinção da demanda, total ou parcial, o que também torna imutável aquele processo<sup>65</sup>, por mais que possibilite o intento de outra demanda<sup>66</sup>, dada a ausência do julgamento meritório.

<sup>63</sup> “Acredita-se, portanto, que o CPC/2015 deixa clara a possibilidade de, no curso da relação processual, ocorrer a decisão com caráter definitivo (como no caso de julgamento parcial, exclusão de um litisconsorte, apreciação da reconvenção etc.), sendo conceituada como interlocutória de mérito e não sentença parcial, estando sujeita ao recurso de agravo de instrumento (art. 1.015, II, VII e 343, § 2o.)” ARAÚJO, José Henrique Mouta. Os pronunciamentos de mérito no novo CPC: reafirmação de um posicionamento. *Revista Dialética de Direito Processual*. n. 149, p. 62-68, São Paulo: Dialética, Ago/2015. p. 66.

<sup>64</sup> Não seriam duas coisas julgadas diversas, mas dois efeitos diversos de uma mesma coisa julgada, sendo possível, para tanto, em determinados casos, ocorrer somente a coisa julgada formal: “Não há dois institutos diferentes ou autônomos, representados pela coisa julgada formal e pela material. Trata-se de dois aspectos do mesmo fenômeno da imutabilidade, ambos responsáveis pela segurança das relações jurídicas; a distinção entre coisa julgada formal e material revela somente que a imutabilidade é uma figura de duas faces, não dois institutos diferentes.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 224.

<sup>65</sup> “Prima facie, coisa julgada formal e material diferem nos limites espaço-temporais: a primeira impede a discussão no âmbito do processo em que surgiu (obsta a litispendência); a segunda, em qualquer um.” GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos. *Comentário ao art. 503. Novo Código de Processo Civil comentado – Tomo II (art. 318 ao art. 770)*. Orgs: RIBEIRO, Sergio Luiz Almeida; GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos; PANTALEÃO, Izabel Cristina; GOUVEIA, Lucio Grassi de. Ed. Lualri, São Paulo, 2017. p. 285.

<sup>66</sup> É o que consta no art. 486 do CPC sobre a possibilidade de que intente nova demanda sobre a matéria que não foi enfrentada. Todavia, depen-

A coisa julgada formal trabalha no plano endoprocessual<sup>67</sup>, o que ocorreria em todo processo decidido. Já a coisa julgada material está no plano extraprocessual, ou seja, além de não poder decidir o mesmo processo, a matéria torna-se indiscutível em qualquer outra demanda, justamente pela existência de uma decisão resolutiva sobre o que se pleiteou jurisdicionalmente, com a estabilidade do que se decidiu.

Diante dessa conceituação, toda coisa julgada é formal, pelo fato de qualquer decisão que julga o pedido ou extingue a demanda – ou parte destas, impede a reabertura da discussão naquele processo, mesmo que permita em outro.

Nesse prisma, a coisa julgada pode ser meramente formal ou formal e material. Todavia, há outra conceituação<sup>68</sup> para coisa julgada formal, quando, a apesar de ser uma decisão que extingue a demanda ou parcela dela, por falta de pressupostos processuais, pela ocorrência da preempção, não há mais a possibilidade de discutir a questão em outra demanda, ainda que sem resolução do pedido do autor.

---

de do motivo que se julgou sem mérito a demanda para tanto. “Havendo provimento judicial de natureza terminativa sem enfrentamento do mérito da causa é possível o ajuizamento de nova ação judicial com fito de alcançar uma tutela jurisdicional efetiva, seu impedimento injustificado poderia denotar incontestes barramento ao direito constitucional de ação.” CRUZ, Danilo Nascimento. Comentário ao art. 486. Novo Código de Processo Civil comentado – Tomo II (art. 318 ao art. 770). Orgs: RIBEIRO, Sergio Luiz Almeida; GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos; PANTALEÃO, Izabel Cristina; GOUVEIA, Lucio Grassi de. Ed. Lualri, São Paulo, 2017. p. 248.

<sup>67</sup> “É uma estabilidade endoprocessual da decisão e, por isso, distingue-se da coisa julgada propriamente dita (chamada de coisa julgada material), que se projeta para fora do processo em que produzida.” DIDIER JR., Fredie. Comentário ao art. 502. CABRAL, Antonio do Passo, CRAMER, Ronaldo (orgs.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil. 2ª ed.* [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971441/>

<sup>68</sup> Em uma visão sobre a coisa julgada formal ser aquela que processualmente impede a reproposição da mesma demanda, nos mesmos moldes, quando anteriormente julgada sem mérito: “a coisa julgada formal como uma situação jurídica que se caracteriza pela proibição de repetição, do exercício da mesma atividade jurisdicional, sobre decisão terminativa, pelas mesmas partes (e, excepcionalmente, por terceiros), em processos futuros (e nas fases do processo sincrético).” MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. As quatro espécies de coisa julgada no Novo CPC. *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*. Ano 26, n. 101, p. 247-266, Belo Horizonte, jan/mar/2018. p. 257.

Delineado o que este trabalho se posiciona como entendimento sobre a coisa julgada formal, esta é uma decisão que encerra a demanda e impede a discussão e mutação daquele processo, o que ocorre em qualquer processo. Não deixa de ser coisa julgada formal somente pelo fato de que há possibilidade de repropor a ação ou que em outras hipóteses essa repropositura não será possível, seja por ter julgado o mérito ou por ter ocorrido a preempção, por exemplo<sup>69</sup>.

Conceituada a coisa julgada, necessária a verificação do diálogo desta com a decisão parcial.

<sup>69</sup> O art. 486 § 1º do CPC insere entre aquelas ações que podem ser intentadas novamente, desde que repropostas com alterações pertinentes, a seguinte hipótese: acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência. No entanto, entendo que não seria possível inseri-la na mesma situação que as hipóteses elencadas no dispositivo. Se há o reconhecimento – judicial ou arbitral – da competência do árbitro para conhecer da demanda, gerando, consequencialmente, a sentença ou decisão pela extinção sem julgamento de mérito, logicamente que essa demanda não pode ser reproposta perante o Judiciário. “Litispendência e casos dos incisos I, IV, VI e VII do art. 485 – Caso a extinção do processo tenha ocorrido por conta: 1) da ausência dos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo ou 2) ausência de legitimidade ou de interesse processual, ambos, (pressupostos processuais positivos), bem como, pela verificação: 3) do indeferimento da inicial; 4) litispendência; 5) acolhida da alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência, todos, (pressupostos processuais negativos) o CPC permite a propositura de nova ação condicionada à correção/supressão do vício que levou à sentença terminativa e conseqüente extinção do processo.” CRUZ, Danilo Nascimento. Comentário ao art. 486. Novo Código de Processo Civil comentado – Tomo II (art. 318 ao art. 770). Orgs: RIBEIRO, Sergio Luiz Almeida; GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos; PANTALEÃO, Izabel Cristina; GOUVEIA, Lucio Grassi de. Ed. Lualri, São Paulo, 2017. p. 248. “Ora, as hipóteses previstas no § 1.º referem-se a decisões que se fundam na *inadmissibilidade do processo*. A extinção do processo por inadmissibilidade pressupõe a existência de um defeito processual que não foi corrigido. A inadmissibilidade é a invalidação do processo em razão de um defeito deste. O juízo de inadmissibilidade consiste na aplicação da sanção de invalidade do procedimento; é uma decisão constitutiva negativa, que resolve definitivamente a questão da admissibilidade do procedimento; como sanção que é, tem de ser respeitada e cumprida; não teria sentido qualquer interpretação que permitisse à parte ‘escapar’ à sanção, renovando a demanda com os mesmos defeitos já identificados. O legislador, corretamente, exige que, para a repropositura da demanda, o defeito que deu causa à extinção do processo tenha sido sanado.” DIDIER JR., Fredie. Comentário ao art. 486. CABRAL, Antonio do Passo, CRAMER, Ronaldo (orgs.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª ed.. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971441/>

A adaptação ao sistema de decisão parcial começa nos arts. 502 e 503 do CPC, por exemplo, não especifica mais que formará coisa julgada a sentença transitada em julgado, ampliando para decisão de mérito, independentemente em qual formato, se importando com o conteúdo que se decidiu, não mais em qual espécie de decisão. Essas dicções permitem, positivamente, que o conteúdo de uma decisão interlocutória parcial possa transitar em julgado, quebrando por vez a teoria da unicidade da sentença, tornando possível a formação de coisa julgada parcial e com autonomia e independência entre a decisão parcial e a sentença.

Se há abertura para a prolação de uma decisão parcial – com ou sem mérito, aquela parcela material decidida tem o seu sistema próprio de recorribilidade, via agravo de instrumento, com a preclusão diante da não interposição de recurso e a formação de coisa julgada. Ou seja, a cada decisão parcial prolatada e não impugnada por recurso, preclui-se a matéria, formando a coisa julgada com autonomia sobre o restante da demanda, sem interligação entre os demais capítulos decisórios.

Como a demanda passível de prolação de uma decisão parcial é complexa litigiosamente, com cumulação de pedidos ou pluralidade de partes, se pode ocorrer uma cisão cognitiva, obviamente que os capítulos decisórios podem ser repartidos e, dessa maneira, a coisa julgada incorrerá detalhadamente sobre cada um desses pontos<sup>70</sup>, especificadamente.

A relação de cada decisão sobre parcela da demanda e a coisa julgada é natural da própria possibilidade de cisão, com a necessidade de que aquilo que foi julgado torne-se imutável, utilizando como base os próprios arts. 502 e 503 do CPC que utilizam o termo decisão de mérito, o que, naturalmente, relaciona-se à decisão parcial de mérito prevista no art. 356 do CPC e, ainda, os parágrafos deste último dispositivo possibilitam a execução definitiva do conteúdo da decisão, caso ocorra o trânsito em julgado.

Logo, o que se decidiu parcialmente, uma vez sem a interposição recursal, o conteúdo está precluso endoprocessualmente e, desse modo, formada a coisa julgada. Se decidiu parcela do mérito, com a cisão cognitiva da demanda, esse conteúdo específico forma uma coisa julgada autônoma aos outros pedidos que foram realizados pelo autor<sup>71</sup>.

<sup>70</sup> Enunciado nº 436 do FPPC: (arts. 502 e 506) Preenchidos os demais pressupostos, a decisão interlocutória e a decisão unipessoal (monocrática) são suscetíveis de fazer coisa julgada.

O caminho natural processual é a instrução para o julgamento de toda a lide na sentença; contudo, se houver uma decisão que decide parcialmente o mérito, este ponto tornar-se-á imutável, nos moldes dos arts. 502 e 503 do CPC. Por ser possível quantas decisões parciais forem necessárias e configuráveis na procedimentalidade de uma demanda, a coisa julgada será a cada decisão prolatada e não recorrida, com a imutabilidade somente do que já transitou em julgado e a litispendência continua perante os conteúdos não decididos, aqueles que ainda carecem de instrução probatória para a resolução de questões de fato.

Mas, cabe uma indagação se essa coisa julgada da decisão parcial seria a coisa julgada progressiva? Por coisa julgada progressiva, conforme a doutrina delineava no ordenamento passado, era a possibilidade de existência de capítulos de sentença diversos e autônomos e a recorribilidade da parte somente sobre um capítulo<sup>72</sup>, com o capítulo remanescente não impugnado transitado em julgado e, dessa maneira, formada a coisa julgada desse conteúdo específico<sup>73</sup>, sem a jurisdição<sup>74</sup>

<sup>71</sup> “A teoria dos capítulos decisórios parte de uma cisão vertical dos dispositivos de uma determinada decisão judicial. Cada um desses capítulos, que tanto pode ter natureza processual como material, será regido por pressupostos autônomos. A possibilidade de um determinado capítulo poder ou não ser alvo de uma ação específica é irrelevante para que seja considerado como capítulo, bastando que conste decisão sobre o tema.” PEIXOTO, Ravi; SILVEIRA, Marcelo Pichioli da. Ação rescisória e competência: novos e velhos problemas. *Revista Brasileira de Direito Processual (O QUE SIGNIFICA ESSE SINAL?)* RBDPro. Belo Horizonte, ano 24, n. 96, out. / dez. 2016. p. 222.

<sup>72</sup> “O art. 1.002 permite à parte recorrente que impugne apenas parte da decisão. Em boa hora substituiu o legislador a palavra sentença por decisão, que é gênero. A tendência é que a parte não impugnada torne-se estável e, em alguns casos, esta estabilidade se manifesta por meio do instituto da coisa julgada” ALVIM, Teresa Arruda. *Comentários ao art. 1.002. CABRAL, Antonio do Passo, CRAMER, Ronaldo (orgs.). Comentários ao Novo Código de Processo Civil. 2ª ed.. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971441/>*

<sup>73</sup> “Tem-se aqui, registre-se, apenas o ponto de partida para a compreensão do efeito devolutivo da apelação, sendo certo que, no caso de conter a sentença diversos capítulos e não sendo todos eles impugnados (recurso parcial, nos termos do art. 1.002), apenas os capítulos expressamente atacados pela apelação serão devolvidos ao tribunal, enquanto os capítulos não impugnados ficarão, desde logo, cobertos pela coisa julgada.” CÂMARA, Alexandre Freitas. *Comentário ao art. 1.013. CABRAL, Antonio do Passo, CRAMER, Ronaldo (orgs.). Comentários ao Novo Código*

a ser exercida pelo Tribunal<sup>75</sup> sobre essa matéria transitada em julgado.

A grande complicação para aceitar essa visão<sup>76</sup> era a prolação de uma decisão una e o recurso sendo de impugnabilidade parcial, o que permitia o entendimento de trânsito em julgado. Todavia, o grau de impugnação e devolutividade de um recurso somente é conhecível na apreciação do conteúdo da peça recursal, ou seja, no seu julgamento, o que impedia a constatação e determinação, mesmo pelo juízo *a quo*, do grau de devolutividade recursal.

Sem possibilitar a delimitação do *quantum appellatum* recursal, por mais que algum capítulo fosse não recorrido e, dessa maneira, transitado em julgado, a sua eficácia permanecia até o julgamento do recurso, justamente pela necessidade dos parâmetros limítrofes da impugnação recursal.

A ideia de coisa julgada progressiva estava na possibilidade de constatação de que cada capítulo transita em julgado em momentos diversos, dada a irrecorribilidade de parcela da sentença, impactando no prazo da ação rescisória, sendo contado, pela visão de coisa julgada progressiva, a partir do trânsito em julgado autônomo de cada capítulo, logo após o transcurso do prazo com a interposição de um recurso que não impugna essa parcela da decisão.

Pontes de Miranda asseverava, sobre o tema, que “se partes distintas da sentença transitaram em julgado em momentos tam-

---

*de Processo Civil. 2ª ed.. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971441/>*

<sup>74</sup> Em ambos os casos, nem eventual visualização de vício, pelo Tribunal, pode alterar a decisão naquele capítulo não impugnado, “nem mesmo para constatar a ausência de um ‘pressuposto processual’ ou de uma condição da ação.” CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil. Vol.3 13a. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 96.

<sup>75</sup> Enunciado n.º 100 do FPPC: Não é dado ao tribunal conhecer de matérias vinculadas ao pedido transitado em julgado pela ausência de impugnação.

<sup>76</sup> Em sentido contrário à coisa julgada progressiva: “Daí conclui-se que o capítulo não impugnado da sentença pela parte interessada quando lhe competia fazê-lo, precluiu. Tornou-se indiscutível em razão da preclusão do direito da parte impugná-la. No entanto, como se verá adiante, será passível de modificação (mutabilidade) até a extinção do processo, por não ter ainda alcançado a eficácia ou qualidade da coisa julgada (preclusão máxima) imutabilidade a que se refere o art. 467 do CPC”. TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. Sentenças objetivamente complexas: impossibilidade de trânsito em julgado parcial. Revista de Processo. Vol. 162, Ano 34, p. 228-250, São Paulo: Ed. RT, 2008. p. 241.

bém distintos, a cada qual corresponderá um prazo decadencial com seu próprio *dies a quo*<sup>77</sup>," entendendo como possível essa divisão entre as ações rescisórias. O complexo desse entendimento e, ao pensamento deste trabalho visto como equivocado, está no grau de subjetividade do alcance do recurso e somente a sapiência desse grau no julgamento recursal.

Ou seja, o trânsito em julgado para cada capítulo da decisão seria em momentos diversos, contudo com a necessidade do aguardo e delimitação no julgamento recursal do impacto para o efeito substitutivo<sup>78</sup> em cada parcela da lide, em cada capítulo decisório.

Se a coisa julgada podia ser progressiva, no tocante a momentos diversos de imutabilidade, a constatação desta somente é possível no julgamento recursal. A própria execução da sentença não poderia ser de modo parcial, com a necessidade da parcela da sentença não recorrida aguardar o julgamento do recurso, seus impactos e um cumprimento de sentença somente uno.

No entanto, no que diz respeito à decisão parcial, temos uma cisão procedimental, não são capítulos de uma mesma decisão que foi recorrida somente parcialmente, são decisões diferentes que detêm capítulos diversos. Formalmente, é um caso diverso da coisa julgada progressiva, com um desenho decisório formal mais delineado, delimitado e acabado do que a progressividade de coisa julgada em capítulo não impugnado de uma decisão com vários capítulos e recurso parcial interposto.

São coisas julgadas progressivas diferentes, com discussões, proposições e limites igualmente distintos.

A progressividade da coisa julgada por causa da decisão parcial está no aspecto formal, na existência de uma progressão de decisões diferentes, em tempos processuais distintos. A cada decisão prolatada, o sistema processual da decisão parcial é próprio e autônomo. O recurso é específico (agravo de instrumento), sem efei-

<sup>77</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado da ação rescisória. (tirar bold)** 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 353.

<sup>78</sup> Sobre a substitutividade da decisão parcial de mérito quando impugnada pelo agravo de instrumento: "A decisão antecipada parcial de mérito, enquanto não transitada em julgado, será provisória, no sentido de que pode ser substituída, em caso de provimento de recurso de agravo de instrumento. Se não for interposto agravo de instrumento, transita em julgado. Faz coisa julgada material." SILVA, Beclaute Oliveira; ARAUJO, José Henrique Mouta; SILVA, I. L. Eficácia do agravo de instrumento na decisão antecipada parcial de mérito. Revista Eletrônica de Direito Processual. v. 1, p. 57-75, 2016. p. 67.

to suspensivo automático, com execução provisória e definitiva própria e, conseqüentemente, com coisa julgada independente.

E, quando sobrevier uma sentença, com o seu conteúdo quanto aos demais pedidos, o sistema será outro, com recurso diverso, efeito suspensivo automático, execução somente com o trânsito em julgado e coisa julgada, independentemente da decisão parcial.

Há, portanto, uma progressão de decisões, sem o aguardo de uma por outra, com uma relação de autonomia.

Essa progressividade das decisões parciais vale tanto para a prolação de sem mérito quanto para a com mérito. Tendo sido decidida uma parcela da demanda, com o julgamento do pedido, há uma autonomia entre os capítulos, com a ocorrência da cisão cognitiva; caso não haja recurso, a coisa julgada material será formada e a decisão será imutável e indiscutível no seu mérito julgado.

Por outro lado, se a decisão parcial for no sentido da constatação de ausência de pressuposto processual sobre parcela da lide, seja sobre pedido específico, seja quanto a determinada parte a ser excluída, há uma decisão parcial sem mérito, com extinção somente de parcela da demanda e, assim, há coisa julgada formal parcial, independentemente da possibilidade de repositura dessa parcela da demanda ou não.

Independentemente da espécie – com ou sem mérito, uma vez prolatada a decisão parcial, com a ausência de impugnação recursal, forma-se uma coisa julgada com total independência – formal e material – daquela que será formada posteriormente na sentença.

Por isso, essa coisa julgada parcial pela existência de uma decisão parcial e uma sentença no mesmo processo originária trabalha em plano diverso<sup>79</sup> da coisa julgada progressiva de capítulos autônomos da mesma decisão<sup>80</sup>.

<sup>79</sup> A conclusão de Castelo é pela possibilidade de coisa julgada parcial, seja pela decisão parcial de mérito, seja por um capítulo de decisão não impugnado por recurso. A conclusão, em termos de premissa, não é equivocada, contudo são coisas julgadas diferentes, com reflexos diversos para a demanda, uma vez que a decisão interlocutória autônoma de cisão procedimental representa um desprendimento ou fracionamento da demanda, com a autonomia não somente decisória, mas procedimental, a partir da prolação da decisão. Por outro lado, a coisa julgada parcial de uma sentença com capítulo não impugnado é possível, contudo é uma parcela de uma decisão inteira que transita em julgado, em um prisma diverso, o que, a nosso ver, não pode ser enquadrado como a mesma

## 2.5 A coisa julgada da decisão parcial, a questão de fato resolvida e a impossibilidade de rediscussão na sentença

Os fatos são importantes para a formação da causa de pedir do autor, com a narrativa deste sobre como se desenrolaram e, contrariamente, a descrição do réu sobre os mesmos.

As questões de fato podem se relacionar de modo específico com um determinado pedido, sem relacionar-se com outro pedido, bem como um mesmo fato pode ser essencial para a resolução de vários pedidos.

Se ocorrer a primeira hipótese, a questão de fato relacionar-se somente com um dos pedidos, essa relação é independente das demais, sem guardar importância sobre a resolução dessa questão para os demais pedidos. Diante dessa hipótese, se ocorrer o trânsito em julgado da decisão parcial que versa sobre determinada questão de fato ou houver recurso, independe para os outros pedidos, justamente pela falta de interligação entre estes e o que foi resolvido.

Diferentemente ocorre na segunda hipótese, quando uma questão de fato impacta, conjuntamente, vários pedidos, importando em uma resolução sobre essa questão que propicie, ao mesmo tempo, a prolação de uma decisão parcial e o impacto ao restante dos pedidos. Entretanto, estes últimos dependem também de outras resoluções fáticas, impossibilitados estão de serem julgadas em conjunto com o pedido já apto a julgamento.

Em uma situação dessas, julga-se o que já pode ser julgado por causa da questão de fato resolvida e prossegue o procedimento para a resolução das demais questões de fato, pertinentes aos outros pedidos da demanda.

---

situação da decisão parcial transitada em julgado. “Assim, à luz do novo CPC, não se mostra equivocado concluir que é possível a formação da coisa julgada parcial, seja a partir do julgamento parcial do mérito através de decisão interlocutória não impugnada, seja a partir da ausência de impugnação de capítulo específico de uma decisão.” CASTELO, Fernando Alcântara. A coisa julgada parcial e o problema do termo inicial para a propositura da ação rescisória no CPC de 2015. *Revista de Processo*. Vol. 227, Ano 43, p. 283-304, São Paulo: Ed. RT, mar/2018. p. 291.

<sup>80</sup> “julgada procedente a demanda com pedidos cumulados de indenização por danos materiais e morais, e apelando o réu exclusivamente quanto ao segundo deles, seu apelo não tem eficácia de impedir o trânsito em julgado no tocante ao primeiro; conseqüentemente, nessa parte reputa-se indiscutível o direito do autor e ele tem, inclusive, título para a execução definitiva por título judicial.” DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova era do processo civil*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 128.

Por causa dessa questão de fato que já pode ser resolvida, há uma relação entre essa decisão proferida no meio do processo com o que se decidirá somente após uma dilação probatória, importando em uma decisão que no dispositivo tem moldes diferentes, mas que na sua fundamentação, quando resolver a questão de fato, converge em influência sobre todos os pedidos existentes.

Na primeira hipótese, a interposição ou não do agravo de instrumento sobre a decisão parcial nada impacta o restante da lide, mesmo se for reformada ou anulada. Isso torna o trânsito em julgado dessa parcela da demanda e a formação da coisa julgada desta também irrelevantes para os demais pedidos ainda litispendentes.

No entanto, na hipótese subsequente, a interposição recursal é relevante não somente para alteração do conteúdo da decisão parcial no seu dispositivo, mas, também, sobre a questão de fato, pelo impacto que causa em toda a demanda, o que ocasionará, caso não se recorra, na preclusão daquela questão de fato<sup>81</sup>. Ou seja, o agravo de instrumento sobre essa resolução da questão de fato é importante para não ocorrer a preclusão dessa matéria, haja vista que os demais pedidos a serem julgados são interligados a essa questão.

Dessa maneira, pertinente a análise da relação entre fato e coisa julgada<sup>82</sup>. Um dos dogmas sobre a coisa julgada está na perspectiva de que somente o dispositivo da decisão que transi-

<sup>81</sup> Mâcedo explica a *issue preclusion* no direito norte-americano que seria a impossibilidade de rediscussão de questão pelo fato de que já ser discutida em outro processo. Obviamente que, analisando o instituto, seria mais sobre uma questão de modo amplo do que uma questão de fato; contudo, em uma comparação com o que se discute neste ponto, seria uma impossibilidade de rediscussão de questão de fato que uma decisão parcial decidiu e que sobre ela ocorreu a preclusão, sendo impossível de rediscussão para a sentença. Uma comparação possível? “Já a *issue preclusion*, como a própria nomenclatura indica, ocasiona a impossibilidade de relitigar quanto a uma questão (*issue*) que já foi, dentro de certos parâmetros, versada em processo anterior. (...) A *issue preclusion*, portanto, torna imutável o reconhecimento de certa questão considerada essencial para a resolução da demanda, ou seja, matéria que constituiu *necessary step* para a resolução da matéria principal.” MACÊDO, Lucas Buriel. Coisa julgada sobre fato? Análise comparativa com o *collateral estoppel* de sua possibilidade de *lege lata* ou de *lege ferenda*. Revista de Processo. vol. 260, p. 355 – 412, São Paulo: Ed. RT, Out / 2016. p. 375/376.

<sup>82</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. Temas de direito processual civil – Primeira série. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 103/104.

ta em julgado é que faz lei entre as partes e, desse modo, não transitarão em julgado a fundamentação e a resolução de questões que não sejam pedidos da lide.

Diante disso, o caminho decisório e a resolução de questões de fato não transitam em julgado, com a possibilidade de revisão destas questões em qualquer outra demanda, com ampla possibilidade de ser revista. O art. 504, II do CPC dispõe que não faz coisa julgada a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença.

Relacionando esse ponto com a decisão parcial, evidentemente que as questões de fato resolvidas na demanda para possibilitar o julgamento parcial estão insertas nesta decisão, porém quando ocorrer o trânsito em julgado, essa resolução das questões de fato<sup>83</sup> não será conteúdo da coisa julgada<sup>84</sup>. Esse dispositivo, ao ser relacionado com a decisão parcial, nos impõe uma dúvida a ser enfrentada: a questão de fato decidida possibilitando a prolação da decisão parcial pode ser rediscutida no restante da lide e redecidida na sentença? Esse ponto é de essencial importância de enfrentamento e a resposta é negativa.

Com a prolação de uma decisão parcial e a consequente formação da coisa julgada, os fatos foram decididos para aquela parcela da decisão e, com a imutabilidade, somente alcança o que se respondeu sobre o pedido – ou na resposta sem mérito.

No entanto, se a questão de fato for comum ao restante do processo, esse ponto não pode ser alterado na prolação da sentença, porém não pela ocorrência da coisa julgada, imutabilidade ou impossibilidade de se rediscutir fatos, o que o art. 504, II do CPC permite rediscussão dos mesmos fatos em outra ação. O que impede que a sentença rediscuta e redecida os fatos resolvidos na decisão parcial está na interligação que a resolução dessa questão de fato tem com os pedidos restantes e a preclusão inerente a essa decisão<sup>85</sup>.

<sup>83</sup> Barbosa Moreira explicava que as questões de fato influenciavam na eficácia preclusiva da coisa julgada somente para aquela demanda, como inclusa na causa de pedir, sem utilizar-se ou influir em outra demanda. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. Temas de direito processual civil – Primeira série. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 103/104

<sup>84</sup> MACÊDO, Lucas Buril. Coisa julgada sobre fato? Análise comparativa com o *collateral estoppel* de sua possibilidade de *lege lata* ou de *lege ferenda*. Revista de Processo. vol. 260, p. 355 – 412, São Paulo: Ed. RT, Out / 2016. p. 375/376.

<sup>85</sup> No sentido de preclusão como estabilidade temporal: CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada dinâmica: limites objetivos e temporais. Entre

O conteúdo da decisão parcial que for sobre questão de fato que autorize a cognição parcial de um pedido, se interliga aos demais pedidos, também integra o caminho processual destes e, sem a interposição de recurso sobre essa matéria – no caso o agravo de instrumento, essa questão de fato, para os demais pedidos, está resolvida e preclusa para o restante da demanda<sup>86</sup>.

O art. 507 do CPC dispõe sobre vedação às partes de discutir no curso do processo questões já decididas, cujo respeito se operou preclusão e enquadra-se totalmente nessa relação dos demais pedidos não decididos, em conjunto com a decisão parcial e que são interligados a uma questão de fato lá decidida<sup>87</sup>.

Se a decisão parcial resolve questão de fato que autoriza o julgamento somente daquele pedido, mas detém serventia para os demais pedidos, ainda que de maneira parcial, com a necessidade de resoluções de questões de outros fatos, há a necessidade da parte que se sente prejudicada com aquela resolução da questão que autorizou a prolação da decisão parcial impugnar,

---

continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 2012. 605 f. Tese (doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

<sup>86</sup> Sobre a eficácia preclusiva das questões, mesmo não insertas na coisa julgada, são cobertas pela preclusão: “O que se passa com a solução de semelhantes questões, após o trânsito em julgado da sentença definitiva, é o mesmo que se passa com a das questões que o juiz tenha apreciado unicamente para assentar as premissas da sua conclusão: nem a umas nem a outras se estende a *auctoritas rei iudicatae*, mas todas se submetem à eficácia preclusiva da coisa julgada. Nesse sentido, e somente nele, é exato dizer que a *res iudicata* cobre o deduzido e o deduzível.” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. Temas de direito processual civil – Primeira série. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 100.

<sup>87</sup> O que já se decidiu na demanda, sendo possível a preclusão, não se pode novamente decidir. O processo tem o andar para frente. Araújo foca nas questões de ordem processual, o que está correto, contudo se for possível definições de questões de fato precluírem, o art. 507 do CPC igualmente deve servir para essa preclusão. “É proibido à parte discutir no curso do processo (matéria de ordem processual) as questões já decididas a cujo respeito se operou a preclusão. Esta imodificabilidade das decisões interlocutórias, deriva do direito germânico (Leo Rosemberg, Wach, Schonke).” ARAÚJO, André Luiz Maluf de. Comentário ao art. 507. Novo Código de Processo Civil comentado – Tomo II (art. 318 ao art. 770). Orgs: RIBEIRO, Sergio Luiz Almeida; GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos; PANTALEÃO, Izabel Cristina; GOUVEIA, Lucio Grassi de. Ed. Lualri, São Paulo, 2017. p. 300.

via agravo de instrumento<sup>88</sup>, a parcela da decisão que resolveu a questão de fato, sob pena de preclusão e impossibilidade do juízo, na sentença, revisitada essa decisão preclusa<sup>89</sup>.

Ou seja, a estabilidade da decisão sobre a questão de fato que possibilitou a prolação da decisão parcial na sua preclusão e a continuidade de eficácia para o restante da matéria da demanda, pela interligação desta com outros pedidos.

É uma decisão como qualquer outra no andamento processual e, nos moldes do art. 507 do CPC, não pode ser revisitada pelo juízo por estar preclusa, e isso estabiliza a decisão sobre a questão de fato, de modo a não permitir sua rediscussão<sup>90</sup>, como qualquer outra decisão interlocutória que sobre a qual cabe, positivamente, agravo de instrumento.

Para o pedido que foi julgado parcialmente, a resolução da questão de fato serviu para autorizar a decidir aquela parcela da demanda. Porém, para os demais pedidos, essa decisão é uma interlocutória como outra qualquer, ao menos sobre a resolução daquela questão, com o cabimento do agravo de instrumento.

Desse modo, não será a imutabilidade da coisa julgada<sup>91</sup> que impedirá rediscutir fatos decididos na decisão parcial na prolação

<sup>88</sup> Enunciado nº 125 do JDPC: A decisão parcial de mérito não pode ser modificada senão em decorrência do recurso que a impugna.

<sup>89</sup> No sentido da matéria estar preclusa: "A proibição de o juiz decidir novamente as questões já decididas independe, a nosso ver, de regra expressa, porque o princípio do *ne bis in idem* está ínsito no sistema." LOPES. João Batista. Poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. Revista de Processo. Vol. 35, Ano 9, São Paulo: Ed. RT, abr/jun/1984. p. 32/33.

<sup>90</sup> "Se a decisão é das que só produzem coisa julgada formal, o efeito preclusivo restringe-se ao interior do processo em que foi proferida; se é das que geram coisa julgada material, como a sentença definitiva, o efeito preclusivo projeta-se *ad extra*, fazendo sentir-se nos eventuais processos subsequentes. Daí qualificar-se de pan-processual a eficácia preclusiva da coisa julgada material" BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. Temas de direito processual civil – Primeira série. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 100.

<sup>91</sup> Oliveira Filho enfatiza que a questão de mérito que foi decidida no julgamento parcial será impossibilitada de ser rediscutida na decisão ulterior, o que, evidentemente, concordamos. Todavia, o cerne da questão não é o capítulo cindido em si, afinal, a autonomia jurídica já possibilita isso, o cerne da questão deve ser a impossibilidade de revisão da questão de fato resolvida autorizante, o que não será pela coisa julgada, uma vez que não alcança os fatos, mas pela preclusão sobre a resolução dos fatos. "Ressalte-se que a resolução de questão de mérito no julgamento parcial não poderá ser alterada pelo mesmo juízo, em razão de preclusão com

da sentença, mas a própria preclusão e estabilização das questões já decididas.

Não serão os arts. 502 e 503 do CPC a base impeditiva de rediscussão e sim o art. 507 do CPC, impossibilitando rediscutir questões já preclusas, detalhando que o processo caminha para resolver questões em sequência, sem relembrar o que poderia impugnar e não se desincumbiram de tal feito<sup>92</sup>.

O mesmo ocorre quando houver litisconsórcio na demanda e a decisão parcial for somente entre determinado autor e réu, sem impactar meritoriamente uma parte de um dos polos. Se essa decisão resolver questão de fato que impactará essa parte, é cabível o recurso por esta, por ser prejudicada na construção da decisão.

O art. 506 do CPC determina que a decisão que faz coisa julgada entre determinadas partes não impactará de modo prejudicial terceiro. Essa hipótese anteriormente mencionada, com pluralidade de partes em um polo e uma decisão parcial que impacta duas partes – um autor e um réu, mas não decide pedido que impacte uma terceira parte – um outro autor ou réu, pode-se utilizar o artigo mencionado, alegando impossibilidade de prejuízo a terceiro? De fato, essa outra parte é um terceiro à relação entre o determinado autor e réu; contudo, a decisão parcial prolatada na demanda, se impactar faticamente esse terceiro – ao menos em relação a esse pedido –, é uma decisão como outra qualquer, contendo eficácia para as duas partes que tiveram o mérito julgado e, na questão de fato, até para esse terceiro, sem a possibilidade de enquadrar no art. 506 do CPC.

A resposta está igualmente no art. 507 do CPC, pelo fato de essa decisão parcial ser a resolutiva de um pedido – ou um pressuposto – da demanda para o determinado autor e réu e ser uma decisão interlocutória fática para o terceiro desse pedido,

---

relação àquela questão.” OLIVEIRA FILHO, Silas Dias de. Julgamento fracionado do mérito e implicações no sistema recursal. São Paulo, SP, 2013. 256 p. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Direito. p. 97.

<sup>92</sup> “Qual a consequência da diferenciação entre a coisa julgada e a eficácia preclusiva decorrente da coisa julgada? Simples! A coisa julgada imuniza a questão principal (*principaliter tantum*) expressamente decidida (art. 503 do CPC/15) e a preclusão ‘imuniza’ as questões deduzidas ou dedutíveis pelas partes (arts. 505 e 507 do CPC/15).” ARAÚJO, José Henrique Mouta. Coisa julgada e as questões prejudiciais: a ampliação da estabilização das decisões judiciais e a diminuição da litigiosidade. R. bras. Dir. Proc. – RBDPro | Belo Horizonte, ano 26, n. 102, p. 257-274, abr./jun/2018. p. 266/267.

que é parte em outra parcela da lide. Sem recurso, a matéria fática estará preclusa e impedida de ser revisitada na sentença.

## 2.6 A ação rescisória e a decisão parcial

Se é possível em um processo objetivamente complexo a prolação de uma decisão parcial, mediante a situação da bifurcação cognitiva e a cisão procedimental, essa parcela decidida da demanda terá o condão de formar coisa julgada, caso não se interponha recurso sobre essa decisão.

Desse modo, se é passível a formação dessa coisa julgada parcial, com a bipartição da demanda, conseqüentemente, será cabível a proposição da ação rescisória em situações de ocorrência de algum dos vícios existentes no rol do art. 966 do CPC.

Sobre a ação rescisória<sup>93</sup>, esta é uma ação desconstitutiva de uma decisão transitada em julgado, geralmente material, mediante a alegação de existência de um vício, com o intuito de rescisão e prolação de uma nova decisão, se necessário for.

A própria existência da ação rescisória está em resguardar a segurança jurídica da existência de uma decisão viciada. Obviamente que a lei deve estipular esses determinados vícios, como o faz no art. 966 do CPC, os quais são aqueles que o legislador entendeu como graves o bastante para culminar na rescisão de uma coisa julgada, mesmo revestida de aparente imutabilidade, com uma relativização durante um prazo específico, geralmente dois anos a contar do trânsito em julgado.

No caso de processo objetivamente complexo, a decisão que forma coisa julgada contém capítulos diversos<sup>94</sup>, pela própria possibilidade de cumulação de pedidos ou de relações jurídicas pela existência de litisconsórcio em um ou ambos os polos. Para

<sup>93</sup> "a ação rescisória como demanda autônoma de impugnação de provimentos de mérito transitados em julgado, com eventual rejuízo da matéria neles apreciada." CÂMARA, Alexandre Freitas. *Ação rescisória*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 30.

<sup>94</sup> "A teoria dos capítulos decisórios parte de uma cisão vertical dos dispositivos de uma determinada decisão judicial. Cada um desses capítulos, que tanto pode ter natureza processual como material, será regido por pressupostos autônomos. A possibilidade de um determinado capítulo poder ou não ser alvo de uma ação específica é irrelevante para que seja considerado como capítulo, bastando que conste decisão sobre o tema." PEIXOTO, Ravi; SILVEIRA, Marcelo Pichioli da. *Ação rescisória e competência: novos e velhos problemas*. *Revista Brasileira de Direito Processual* (o que significa esse sinal?) *RBDPro*. Belo Horizonte, ano 24, n. 96, out. / dez. 2016. p. 222.

que seja um capítulo diverso, aquele ponto material deve ter uma distinção de pretensão material do restante da demanda. A sentença de uma demanda como esta forma uma só coisa julgada, mas com capítulos autônomos<sup>95</sup>.

Na transposição para o novel ordenamento, a teoria dos capítulos da sentença passa a ser da decisão, pelo fato da sentença ser uma das formas de decisão que resolve a demanda, podendo, de igual maneira, uma decisão interlocutória, nos moldes do art. 356 do CPC, decidir parcela do mérito ou pelo art. 354, parágrafo único, extinguir parcela da demanda.

Dessa feita, pertinente é a visão de capítulos da decisão<sup>96</sup>.

Sobre a teoria dos capítulos e a ação rescisória, se a decisão contiver capítulos distintos, com matérias ou relações diversas, quando houver a existência de um vício na decisão, pode tal rescisória versar somente sobre o capítulo atingido pelo vício, sem a obrigatoriedade de impugnação sobre todos os pontos da decisão, conforme a previsão do art. 966, § 3º do CPC.

Ou seja, pode a ação rescisória interagir com parcela da decisão, com o pleito pela rescisão parcial da decisão, não em toda sua integralidade, caso o impacto do vício assim permita essa independência, além da normal autonomia dos capítulos decisórios.

No entanto, a interligação da ação rescisória com o presente estudo está na prolação de decisão parcial e como imaginar o impacto nesta espécie de ação impugnação de coisa julgada.

Uma vez prolatada uma decisão parcial, com a eventual coisa julgada específica sobre esse ato decisório, conseqüentemente, se houver a ocorrência de um vício do art. 966 do CPC caberá

<sup>95</sup> “como as partes em que ideologicamente se decompõe o decisório de uma sentença ou acórdão, cada uma delas contendo o julgamento de uma pretensão distinta.” DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. III. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 666.

<sup>96</sup> “Fez-se necessário falar em capítulo de decisão, e não apenas de sentença, porque o novo CPC admite o julgamento parcial do mérito da causa por meio da decisão interlocutória de mérito, que, obviamente, também terá capítulos. A ação rescisória contra capítulo de decisão pode ser proposta tão logo transite em julgado esse capítulo, uma vez que, no novo Código, não há previsão do termo inicial do prazo da rescisória, mas sim do termo final, que se dá em dois anos do trânsito em julgado da última decisão do processo.” CRAMER, Ronaldo. Comentário ao art. 966. CABRAL, Antonio Passo, CRAMER, Ronaldo (orgs.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil, 2ª edição*. Método, 06/2016. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971441/>

a ação rescisória<sup>97</sup> específica para impugnar essa decisão, sem relacionar-se com a decisão posterior que será prolatada na sentença.

A decisão parcial pode ser com ou sem mérito e a ação rescisória, em regra, somente se relacionará com a parcial de mérito. Todavia, é importante delinear hipóteses em que a ação rescisória poderá impugnar uma coisa julgada proveniente de uma decisão parcial sem mérito, em hipóteses que não for possível demandar novamente sobre aquele pedido.

Em geral, uma decisão sem mérito impossibilita o cabimento da ação rescisória pela própria inutilidade da relação entre os institutos. Quando o juízo prola a decisão sem enfrentamento do mérito, põe fim ao processo – ou parte dele, por algum vício processual, não respondendo os pedidos pleiteados na inicial. A razão pela qual o autor foi a juízo continua sem o pronunciamento jurisdicional, com a possibilidade de buscar novamente o Judiciário para a solução do seu conflito de interesses ou da simples tutela jurídica.

Se o autor, em uma ação com decisão sem julgamento de mérito, pode entrar com outra ação sobre a mesma matéria, qual motivo levaria a ter interesse de agir para rescindir uma decisão dessa transitada em julgado? A princípio, nenhum interesse, o que leva ao descabimento da rescisória, dada a total possibilidade da parte deve intentar nova demanda sobre a mesma causa de pedir. No entanto, se a decisão, na sentença ou decisão parcial, impedir a propositura de uma nova ação, pela ocorrência da preempção<sup>98</sup>, nos moldes do art. 988, § 2º do CPC, é possível

<sup>97</sup> “A ausência de distinção ontológica entre decisão interlocutória de mérito e sentença de mérito repercute, igualmente, na disciplina da ação rescisória. Na sistemática do NCP, toda decisão de mérito está sujeita a ação rescisória, pouco importa se sentença ou interlocutória. Destarte, as decisões que julgam parcialmente o mérito também estão sujeitas a ação rescisória, desde que já tenham transitado em julgado.” LUCÇA, Rodrigo Ramina de. Julgamentos antecipados parciais de mérito. *Revista de Processo*. Vol. 257, Ano 41, p. 125-150, São Paulo: RT, jul/2016. p. 142.

<sup>98</sup> Sobre a possibilidade de rescindibilidade de decisões em mérito: “A corrente doutrinária que se nos afigura de maior rigor científico e adequação pragmática é a defendida por Pontes de Miranda, de acordo com a qual o objeto da ação rescisória é a coisa julgada formal, basta ver que (i) algumas das hipóteses de extinção do processo sem resolução do mérito impedem, *tout court*, a repropositura da demanda (v.g., a extinção por preempção ou por coisa julgada, embora o Código não seja expresso quanto à esta) e outras (ii) impedem a repropositura, sem que antes se corrija o vício que levou à decisão de extinção sem resolução do mérito.” ATAÍDE

vel a ação rescisória sobre uma decisão sem mérito, o que vale para uma sentença e, também, para uma decisão parcial sem mérito.

A normalidade será que a decisão parcial de mérito seja possível de ser rescindida<sup>99</sup>, com a excepcionalidade para a decisão parcial sem mérito.

Essa parcela da demanda que foi decidida em um pronunciamento judicial próprio, com a cisão cognitiva e procedimental da demanda, permite sobre o seu capítulo e conteúdo específico o cabimento da ação rescisória. Se dessa decisão há uma recorribilidade própria e preclusiva, via agravo de instrumento, com a possibilidade de formação de coisa julgada material, com base no art. 356, § 3º do CPC, a ação rescisória também será específica desse ponto, pela decisão ser plenamente rescindível, caso incorra em algum dos vícios do art. 966 do CPC em sua prolação.

A ação rescisória da decisão parcial será totalmente independente da eventual ação rescisória do restante da demanda, sem nenhuma comunicação, visto que as demandas foram cindidas cognitivamente e procedimentalmente.

Os momentos de proposição da ação rescisória de cada decisão – parcial ou sentença – serão diferentes, não se comunicando, o que demonstra a independência entre as matérias.

Entretanto, paira uma dúvida sobre o momento de início do prazo para a proposição da ação rescisória sobre a decisão parcial. O art. 975 do CPC dispõe sobre a contagem do prazo de dois anos para a proposição da ação rescisória, a partir do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo<sup>100 101</sup>.

---

JR., Jaldemiro Rodrigues de. Comentários ao art. 966. Novo Código de Processo Civil Comentado – Tomo III (art. 771 ao art. 1.072). Orgs: RIBEIRO, Sergio Luiz Almeida; GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos; PANTALEÃO, Izabel Cristina; GOUVEIA, Lucio Grassi de. Ed. Lualri, São Paulo, 2017. p. 279.

<sup>99</sup> Enunciado nº 336 do FPPC: (art. 966) Cabe ação rescisória contra decisão interlocutória de mérito.

<sup>100</sup> A posição pode ser acertada, não é o cerne da discussão recortada, que é mais focada no art. 975 não ser correspondente à decisão parcial de mérito pela cisão procedimental, contudo é possível que essa redação tenha esse entendimento, o que beneficiaria, se for o caso, qualquer das coisas julgadas – de decisão parcial ou progressiva: “Essa corrente defende que o art. 975 do CPC não fixa o termo inicial para a propositura da rescisória, mas tão somente o seu termo inicial, o que significaria que, havendo o trânsito em julgado de capítulo autônomo ou de decisão parcial de mérito a parte poderá imediatamente ingressar com ação

Essa “última decisão proferida no processo” refere-se à decisão parcial e à necessidade de aguardo da sentença posterior<sup>102</sup>? O correto será distinguir as situações entre a decisão parcial proferida e a coisa julgada progressiva.

A coisa julgada progressiva ocorre quando uma decisão, sentença ou acórdão contém diversos capítulos, e eventuais recursos impugnem somente parcela destes, com a recorribilidade transferindo a jurisdição para o Tribunal somente do que se impugnou e o restante transitando em julgado. Ou seja, uma mesma decisão contém, horizontalmente, mais de um capítulo; contudo, um deles não foi impugnado no recurso, e já ocorreu a sua imutabilidade e o outro capítulo manteve a litispendência por ainda estar em discussão em grau recursal.

O recurso será julgado em outro momento, por outro juízo, sendo proferido um acórdão e, assim, com um futuro trânsito em julgado para o seu conteúdo em momento diverso do capítulo que transitou em julgado anteriormente. Logicamente, são dois momentos decisórios passíveis de ação rescisória quando

---

rescisória, sendo que o termo final para o exercício deste direito será o prazo de dois anos após o trânsito em julgado da última decisão proferida em todo o processo”. CASTELO, Fernando Alcântara. A coisa julgada parcial e o problema do termo inicial para a propositura da ação rescisória no CPC de 2015. *Revista de Processo*. Vol. 227. ano 43. p. 283-304. São Paulo: Ed. RT, mar/2018. p. 298.

<sup>101</sup> Nesse mesmo sentido: BARIONI, Rodrigo Otávio. Capítulo VII: Da ação rescisória. In: Teresa Arruda Alvim Wambier; Fredie Didier Jr.; Eduardo Talamini; Bruno Dantas. (Org.). *Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 2245-2276; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil comentado*. Salvador: JusPodivm, 2016.

<sup>102</sup> Essa dúvida na doutrina está interligada à coisa julgada prejudicial, contudo, pela novidade da positivação da decisão parcial, essa discussão, ao nosso entender, não se relaciona com a coisa julgada da decisão parcial. “Existem duas correntes desde a interpretação do texto do CPC/73 e que devem se manter no CPC/2015. A primeira defende que o prazo só começa a ser contado da última decisão proferida no processo, independentemente do momento em que transitem em julgado as decisões. A segunda defende que os prazos para a interposição das ações rescisórias podem ser contados de formas distintas, a depender do momento do trânsito em julgado do capítulo que se deseja rescindir, salvo exceções.” PEIXOTO, Ravi. *Ação rescisória e capítulo de sentença: a análise de uma relação conturbada a partir do CPC/2015. 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. 165.

ambos tiverem transitado em julgado: um capítulo da sentença não impugnado, e um capítulo do acórdão da apelação ou outro recurso.

Essa é a coisa julgada progressiva e a visão de que um mesmo processo pode conter coisas julgadas em capítulos que transitaram em julgado em momentos diversos, portanto, progressivamente.

Já na coisa julgada da decisão parcial, a situação é diversa<sup>103</sup>, pelo fato de que ocorre uma cisão cognitiva e procedimental, com uma decisão própria e autônoma, com um capítulo da demanda sendo desmembrado ou desacomulado do processo.

Evidentemente que existirá no processo uma sentença posterior à decisão parcial. Porém, essas são decisões autônomas entre si e não capítulos da mesma decisão que transitaram em julgado em momentos diversos, o que importa em uma crucial diferença, principalmente para fins de ação rescisória.

A coisa julgada da decisão parcial não se confunde com a coisa julgada progressiva, com o dever de diferenciá-las claramente. Se a coisa julgada progressiva tem o drama sobre a competência de qual será o órgão pertinente para tanto, tendo em vista que as decisões são de instâncias diversas, esse ponto, na coisa julgada da decisão parcial, é mais delineado e simples, com a autonomia e independência de cada decisão e de cada coisa julgada.

Sobre o prazo da ação rescisória, o art. 975 do CPC, ao dispor sobre a contagem de dois anos a partir do trânsito em julgado da última decisão do processo, não se relaciona com a decisão parcial de mérito<sup>104</sup>, mas somente com a coisa julgada pro-

<sup>103</sup> Siqueira também diferencia a questão do prazo para a ação rescisória sobre coisa julgada progressiva e a coisa julgada de decisão parcial: "Não há qualquer dúvida, portanto, de que, julgado antecipadamente parcela do mérito da casa, a respectiva decisão estará apta a ser imunizada pela autoridade da coisa julgada material desde o momento em que contra ela não seja mais cabível qualquer recurso, independentemente do que venha a ocorrer com o restante das pretensões cumuladas. E, sendo assim, retornando ao que havíamos dito, uma vez preclusas as vias recursais contra a decisão interlocutória de mérito, será cabível, de imediato, o ajuizamento de ação rescisória." SIQUEIRA, Thiago Ferreira. O julgamento antecipado parcial do mérito no Novo Código de Processo Civil brasileiro. *Civil Procedure Review*, v. 7, p. 165-208, 2016. p. 196.

<sup>104</sup> Santos iguala a questão da coisa julgada da decisão parcial com a coisa julgada progressiva pela não impugnabilidade recursal de capítulo de decisão, o que não fazemos. Com isso, iguala também que o prazo para a ação rescisória, nos moldes do art. 975 do CPC, seria a cada capítulo. As

gressiva. Portanto, o prazo da ação rescisória da decisão parcial é contado a partir do seu próprio trânsito em julgado, sem nenhuma relação com o trânsito em julgado do restante da parcela da demanda<sup>105</sup>.

A súmula nº 401 do STJ<sup>106</sup> foi criada, na vigência do CPC/73, com o intuito de combater a coisa julgada progressiva, com a coisa julgada formada a partir da não impugnabilidade parcial de um recurso de uma sentença com capítulos. Ou seja, o intuito do STJ – acertado ou não – foi de estabelecer um prazo único para a proposição da ação rescisória de um processo que tem diversos trânsitos em julgados em termos de conteúdo, em decisões diversas. Formalmente, a unicidade da sentença está presente, a divisão da coisa julgada foi pela impugnabilidade parcial e o efeito obstativo somente parcial daquele recurso.

É possível discutir-se, já na vigência do CPC/2015, se a súmula nº 401 do STJ é válida ou não, mediante a não definição clara pelo regimento das coisas julgadas parciais ou progressivas pelo novel ordenamento. Todavia, essa súmula não pode impactar a coisa julgada oriunda de uma decisão parcial de mérito, por ser uma situação diversa formalmente.

Diante da cisão procedimental existente com a decisão parcial, são dois processos desmembrados, o que comporta a interpretação de que se transitada em julgado essa decisão parcial, esta é a última decisão de sua demanda, sem interligar-se com a parcela que teve prosseguimento. De maneira diversa, ocorre sobre a coisa julgada progressiva, pelo fato de ser uma mesma

---

situações são diversas entre as coisas julgadas, apesar de parecidas, com isso, se artigo for relacionar-se com a coisa julgada progressiva não será pelo mesmo motivo da coisa julgada da decisão parcial: “a expressão ‘a última decisão proferida no processo’ deve ser interpretada como a última decisão sobre o pedido julgado por decisão parcial de mérito ou, em caso de recurso parcial, do trânsito em julgado do capítulo não impugnado”. SANTOS, Welder Queiróz dos. Ação rescisória contra decisão parcial de mérito e contra capítulo não recorrido. Revista de Processo. Vol. 272, Ano 42, p. 327-350, São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 341.

<sup>105</sup> No sentido contrário: “O processo, todavia, deverá prosseguir para análise das demais pretensões, ainda não julgadas, e o início do prazo para a propositura da ação rescisória – mesmo em relação ao julgamento parcial – ficará na dependência do trânsito em julgado da última decisão a ser proferida no processo”. THAMAY, Rennan Faria Kruger. Manual de Direito Processual Civil. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p 434.

<sup>106</sup> A súmula nº 401 do STJ: O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial.

decisão com capítulos diversos que tem trânsitos em julgados em momentos diferentes pela impugnabilidade recursal parcial.

No entanto, é importante dizer que uma decisão parcial pode conter dois pedidos que já possam ser julgados e, desse modo, a decisão parcial pode conter uma coisa julgada progressiva própria, seguindo as mesmas regras do art. 975 do CPC.

## 2.7 A liquidação de sentença e a decisão parcial

A liquidação de sentença<sup>107</sup> é uma fase processual necessária quando a decisão versou sobre um pedido genérico, possível pela dicção do art. 324, §1º do CPC, com a prolação de uma decisão igualmente genérica, em que houve a definição do direito discutido em juízo, mas que não foi possível determinar-se o valor, apesar de já especificar os critérios para tanto.

Essa fase busca a aplicação do conteúdo jurídico da decisão em busca do *quantum debeatur* do que foi decidido.

Se uma decisão parcial de mérito enquadrou-se nessa possibilidade<sup>108</sup>, a liquidação pode ocorrer<sup>109</sup>, desde logo, independentemente de recurso. Nesse ponto, é importante delinear que não há nenhuma diferença sobre o rito normal da liquidação,

<sup>107</sup> O CPC/2015 manteve nome de liquidação de sentença mesmo que não seja somente de sentença, sendo cabível em decisão parcial de mérito: "A expressão 'liquidação de sentença' é, na verdade, uma elipse. Afinal, não é a sentença, mas a obrigação, que deve ser revestida de liquidez. Mais apropriado, então, seria falar em *liquidação da obrigação reconhecida na sentença* (ou, ainda mais propriamente, no título judicial). Liquidação de sentença é, porém, expressão muito tradicional do Direito Processual Civil brasileiro, não havendo motivo para criticar seu emprego". CÂMARA, Freitas, A. (01/2017). *O Novo Processo Civil Brasileiro, 3ª edição*. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integridade.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597009941/>

<sup>108</sup> Enunciado nº 512 do FPPC: (art. 356) A decisão ilíquida referida no §1º do art. 356 somente é permitida nos casos em que a sentença também puder sê-la.

<sup>109</sup> "Nas ações relativas à obrigação de pagar quantia, o art. 491 do CPC estabelece, como regra, que a sentença deve ser líquida. Todavia, em algumas situações, torna-se impossível determinar-se o valor da condenação, ou, ainda, a extensão da obrigação, mesmo que não se trate de fixação de quantia em dinheiro. O § 1º do art. 356 do CPC permite que a decisão parcial do mérito, de natureza condenatória, seja ilíquida." TUCCI, José Rogério Cruz e. Comentários aos arts. 318 a 368. In: GOUVEA, José Roberto; BONDIOLI, Luiz Guilherme; FONSECA, João Francisco (Coords.). Comentários ao Código de Processo Civil 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 286.

uma vez que em qualquer sentença ou decisão ainda passível de recurso é possível realizar-se<sup>110</sup> a liquidação e, se possível em qualquer decisão, também será na decisão parcial.

Não há, portanto, nenhuma diferença dessa possibilidade de liquidação na pendência de recurso dessa decisão parcial para qualquer outra decisão, somente mantendo o mesmo rito procedimental que as demais espécies de decisões. O mesmo ocorre quando houver o trânsito em julgado dessa decisão parcial de mérito que contiver uma iliquidez, sendo esta proposta em continuidade do próprio trânsito em julgado, de modo autônomo e cindido da parcela do processo que continuou em busca da sentença.

No tocante à legitimidade, a liquidação de sentença pode ser requerida tanto pelo vencedor, quanto pelo vencido<sup>111</sup>, o que importa em qualquer das partes ter o interesse na definição dos

<sup>110</sup> Sobre a liquidação na pendência de recurso: “Nas hipóteses em que houver a necessidade de liquidação, ela pode ser realizada na pendência de recurso e, nesse caso, a liquidação será processada em autos apartados cabendo ao liquidante instruir o pedido de liquidação com cópias das peças processuais pertinentes, uma vez que os autos originais são remetidos ao tribunal.” MILHORANZA, Mariangela Guerreiro; MOLINARO, Carlos Alberto. *Liquidação e cumprimento da sentença e o Novo Código de Processo Civil. Execução civil e temas afins*. Organizadores: ARRUDA ALVIM; ARRUDA ALVIM, Eduardo; BRUSCHI, Gilberto Gomes; CHECHI, Mara Larsen; COUTO, Monica Bonneti. Editora RT: São Paulo, 2015. p. 131/132. “Pendência de recurso. Liquidação definitiva. Por medida de economia processual, o CPC no art. 512 admite que seja requerida a liquidação de sentença, mesmo pendente recurso interposto contra a sentença liquidanda. Não havendo ressalva na lei, é cabível requerimento de liquidação mesmo que o recurso pendente tenha sido recebido no efeito suspensivo. A liquidação será definitiva, quer tenha sido requerida na pendência de recurso com efeito suspensivo ou meramente devolutivo.” NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16ª Ed. São Paulo. RT. 2016. p. 1.360.

<sup>111</sup> Sobre a legitimidade da liquidação ser tanto do vencedor, quanto do vencido: “Pela arquitetura do CPC/2015, a liquidação de sentença poderá ser requerida tanto pelo credor, quanto pelo devedor, prestigiando, assim, a ideia da ‘ação liberatória’ (...) A novidade é positiva, pois ratifica a concepção de que o cumprimento da decisão judicial, ainda que ilíquida, deve ser feita de maneira espontânea pelo devedor, tendo pois este, para tanto, a legitimidade para promover a liquidação de sentença, assim como para o cumprimento de sentença do *decisium* de forma espontânea (art. 526).” MAZZEI, Rodrigo. *Liquidação de sentença: breve ensaio a partir do CPC/2015*. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - v.4 - Execução. Organizadores: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACEDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi. 2a. Ed. JusPodivm, Salvador, 2016. p. 367.

reais valores constantes na decisão prolatada, seja parcial, seja uma sentença.

Mesmo no título executivo proveniente de uma decisão parcial, a competência para tanto será do mesmo juízo que decidiu a parcela da demanda. Contudo, a liquidação deve ser em autos apartados, uma vez que houve a cisão não somente cognitiva, mas também procedimental, com a necessidade de outro procedimento, desligado daquele que continuará na fase de conhecimento, tanto se provisória quanto se for liquidação definitiva, dar-se-á em autos apartados<sup>112</sup>.

## 2.8 A execução e a decisão parcial: provisória e definitiva

A decisão parcial versa sobre parcela do conteúdo da demanda, um capítulo desta, que detém uma valoração específica, seja para realizar-se o pedido no tocante a este ponto, seja para que seja prolatada uma decisão. Logo, cada pedido realizado no processo tem o seu próprio valor, a sua própria quantificação.

Se for uma decisão parcial de mérito, a valoração está no julgamento específico do próprio pedido, se for uma decisão parcial sem mérito, não se julgará um pedido em si, mas será extinta parcela da demanda condizente a um pedido que fora realizado, com impacto dessa decisão na quantificação do custo do processo, não somente qualquer condenação ao que se pleiteou.

<sup>112</sup> Siqueira entende que a utilização de “autos suplementares” pelo ordenamento processual, na decisão parcial de mérito, seria equivocada. No entanto, há de se imaginar que cabe tanto a liquidação, quanto a execução provisória, o que seria em autos ainda na pendência de recurso, o que necessitaria de duas concepções: (i) os autos da decisão parcial de mérito, pela cisão procedimental, já serão outros; (ii) como é possível agravo de instrumento sem efeito suspensivo, é possível, ainda sem formar os autos da decisão parcial definitivamente, ainda na pendência de recurso, formar-se autos suplementares. “À falta de qualquer outra referência no CPC/15, a expressão, ao que nos parece, significa simplesmente autos distintos do principal. Curioso notar, porém, que em duas outras oportunidades relativas à liquidação - de sentença sujeita a recurso (art. 512) e a que se faz simultaneamente à execução (art. 509, § 1º) - o Código utiliza a expressão ‘autos apartados’ quando quis se referir à necessidade de formação de um novo instrumento, assim como o faz ao cuidar da execução de alimentos provisórios (art. 531, § 1º).” SIQUEIRA, Thiago Ferreira. O julgamento antecipado parcial do mérito no Novo Código de Processo Civil brasileiro. *Civil Procedure Review*, v. 7, p. 165-208, 2016. p. 192.

Para a relação entre a decisão parcial prolatada e a execução, importa a existência de um conteúdo que dará ensejo a um título executivo judicial<sup>113</sup> específico e parcial.

O art. 356 do CPC separa dois parágrafos para descrever sobre a relação da decisão parcial de mérito com a execução, o § 2º dispõe que o conteúdo decidido parcialmente poderá ser liquidado ou executado, mesmo na pendência de recurso, ou seja, sem efeito suspensivo, sem qualquer necessidade de caução e, no § 3º, discorre que se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva.

Ou seja, nestes citados parágrafos do art. 356 do CPC, a decisão parcial de mérito descreve a possibilidade de execução provisória e definitiva desse ato parcial. Essa visão deve ser tanto para a decisão parcial de mérito quanto para a decisão parcial sem mérito, no tocante aos custos do processo.

Essa execução será pelo trâmite do cumprimento de sentença<sup>114</sup>, apesar de a manutenção desse nome ser equivocada, justamente pela possibilidade de execução de uma decisão parcial, desatrelando o cumprimento de um título judicial ser necessariamente de uma sentença. O próprio art. 515 do CPC estipula quais os títulos executivos judiciais existentes atrelados ao cum-

<sup>113</sup> Nery Jr. já entendia ser possível a execução de um capítulo decisório não impugnado pelo recurso, quando houvesse a coisa julgada progressiva, logo, em uma decisão parcial, ainda mais possível: “entendemos ser possível a execução definitiva da parte da sentença já transitada em julgado, em se tratando de recurso parcial, desde que observadas certas condições: (a) cindibilidade dos capítulos da decisão; (b) autonomia entre a parte da decisão que se pretende executar e a parte objeto de impugnação; (c) existência de litisconsórcio não unitário ou diversidade de interesses entre os litisconsortes, quando se tratar de recurso interposto por apenas um deles” NERY JR., Nelson. Teoria geral dos recursos. 6ª. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 454.

<sup>114</sup> “O cumprimento de sentença é o título II do Livro I, nomeado Do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença, da Parte Especial do Código de Processo Civil, compreendendo os artigos 513 a 538, que regulam as disposições gerais sobre o cumprimento de sentença, o cumprimento provisório e o definitivo de sentença que reconhece obrigação de pagar quantia, o cumprimento de sentença que reconhece obrigação alimentícia, o cumprimento de obrigação de pagar quantia pela Fazenda Pública, o cumprimento de sentença que reconhece exigibilidade de obrigação de fazer, não fazer e de entrega de coisa.” MÂCEDO, Lucas Buri de. *A eficácia das decisões judiciais e o cumprimento de sentença no CPC/2015*. Coleção Novo CPC - Doutrina Selecionada - v.4 - Execução. Organizadores: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACEDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi. 2ª. Ed. JusPodivm, Salvador, 2016. p. 449.

primento de sentença, com o inciso I descrevendo que “decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa”.

O termo “decisões” é utilizado de modo correto por representar que qualquer decisão<sup>115</sup> que tenha uma exigibilidade de obrigação pode ser executável, ainda que não seja sentença.

Esse cumprimento de sentença da decisão parcial pode ser tanto de modo provisório, ainda na pendência de um recurso, pelo fato de que o agravo de instrumento para essa decisão não detém efeito suspensivo automático. O procedimento desse cumprimento provisório ocorrerá nos mesmos moldes do que acontece em qualquer processo que tenha um recurso pendente, sem diferenças, conforme o teor do art. 520 do CPC e a devida regulamentação da provisoriedade no cumprimento.

Por outro lado, se a decisão parcial fizer coisa julgada da parcela restante da demanda, com a autonomia e independência, logicamente, a conclusão é pela possibilidade de execução desse título judicial formado definitivamente<sup>116</sup>. Logo, esse cumprimento de sentença será definitivo, com um título judicial igualmente definitivo<sup>117</sup>. A procedimentalidade desse cumprimento de sentença

<sup>115</sup> O nome de cumprimento de sentença também é equivocado, uma vez que qualquer decisão que seja cumprível, seja decisão, seja sentença, será por intermédio do procedimento do cumprimento de sentença. “Registra-se, de início, que o dispositivo é mais amplo, reconhecendo que além das sentenças, (todas) as decisões proferidas no processo civil que reconheçam a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia – tenham elas natureza de sentença ou de decisão interlocutória – são títulos executivos.” ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. *Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 1ª. Ed, São Paulo: RT. 2015. p. 845.

<sup>116</sup> Sobre a exequência da decisão, obviamente que será definitiva: “No tocante ao julgamento antecipado parcial do mérito, o principal efeito prático da decisão que julga parcela do mérito em caráter antecedente é o acesso fornecido ao titular do direito reconhecido como devido às vias executivas (ou à fase de liquidação no caso de obrigação ilíquida). A decisão que julga parcela do mérito em caráter antecedente, nesses termos, constitui título executivo, conforme estabelece o art. 515, inciso I, do Código de Processo Civil.” LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Tutela provisória e julgamento parcial no CPC de 2015: avanços e perspectivas*. O Novo Código de Processo Civil: questões controvertidas. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 337.

<sup>117</sup> Sobre a decisão parcial e o cumprimento de sentença: “Ora, na formação do título executivo, a natureza do provimento jurisdicional é menos im-

definitivo – também sendo aplicável ao provisório – deve ser em autos diversos, com a criação de um novo número, seja pela cisão procedimental, seja para que não haja tumulto processual.

A redação do art. 356, § 4º do CPC é um tanto inócua e desnecessária, ao dispor que a liquidação e o cumprimento da decisão que julgar parcialmente o mérito poderão ser processados em autos suplementares, a requerimento da parte ou a critério do juiz. Na verdade, há uma inviabilidade e ilogicidade que sejam nos mesmos autos. Não há motivo para que ocorram no mesmo processo que prosseguirá em litispendência de outra parcela da demanda, o que atrapalharia o deslinde dos dois procedimentos diversos ao mesmo tempo – execução da decisão parcial e o conhecimento para o restante da demanda a ser decidida.

Dessa maneira, o cumprimento de sentença da decisão parcial deve ser sempre em autos apartados.

De qualquer modo, o vencedor dessa decisão parcial deve peticionar em juízo, nos moldes do art. 524 do CPC, com a petição para o impulso do cumprimento de sentença, para que o juízo possa, se completa a petição, deferir o início do cumprimento com a intimação do devedor para pagamento em 15 dias, sob pena de multa e honorários advocatícios dessa fase, na decisão do art. 523 do CPC.

Tanto para a execução provisória quanto para a definitiva, não há necessidade de caução pelo exequente; contudo, é um ponto que parece mal desenhado pelo ordenamento. A caução não é requisito para a liquidação ou para o cumprimento, ainda que provisório, o que torna o art. 356, § 2º do CPC contraditório, haja vista que a caução somente terá o condão, conforme o art. 520, IV do CPC de autorizar o levantamento de depósito em dinheiro ou a prática de atos que importem em transferência de posse ou alienação de propriedade ou outro direito real<sup>118</sup>.

---

portante do que a consequência processual dele decorrente, razão pela qual pouco importa se o caso concreto diz respeito a uma sentença propriamente dita ou uma decisão interlocutória: possuindo conteúdo meritório e cognição suficiente para a formação de coisa julgada, é possível seu cumprimento definitivo. Assim, em que pese a parte Especial, Livro I, Título II, do CPC/15, mencionar cumprimento de sentença, é dever afirmar que as disposições lá contidas são cabíveis também para as decisões interlocutórias de mérito.” ARAÚJO, José Henrique Mouta. A recorribilidade das interlocutórias no novo CPC: variações sobre o tema. Revista de Processo. Vol. 251, Ano 41, p. 207-228, São Paulo: Ed. RT. Jan/2016. p. 18.

<sup>118</sup> Nesse sentido, em concordância: “Vale lembrar, todavia, que, no regime do cumprimento provisório da sentença, o art. 520, inciso IV, do CPC/2015

Ou seja, não há nenhuma necessidade, em qualquer procedimento, independentemente de ser uma sentença ou uma decisão parcial a ser executada provisoriamente, em se prestar caução para dar início<sup>119</sup> a um cumprimento de sentença. A caução somente será condição para levantamento dos benefícios da execução, para levantamento de valores, posse ou transferência de bens. A redação do art. 356, § 2º do CPC especifica que a liquidação ou cumprimento podem ser iniciados, independentemente de caução, mesmo sem que qualquer destes em sua normalidade necessite desta, o que se torna uma redação equivocada e desnecessária em sua literalidade.

Talvez essa redação possa gerar o entendimento de que em eventual êxito da execução, com o bloqueio de valores ou penhora de bens, estes não importarão em ter a caução como necessária para a liberação para o exequente, mas não é essa a redação do mencionado dispositivo e, mediante isso, é pertinente a discordância de uma liberação de valores ou transferências sem caução<sup>120</sup> com base neste dispositivo.

O cumprimento de sentença da decisão parcial não sofrerá influência do que se decidir posteriormente na demanda, em eventual sentença, afinal, são parcelas autônomas e independentes que foram julgadas e, por isso, cada coisa julgada que forma título executivo detém também a mesma autonomia e independência. Porém, não há óbice de que o exequente aguarde para que se realize somente um cumprimento de sentença, porém será um ônus da parte em aguardar, desnecessariamente, o deslinde e trânsito em julgado da outra parcela da demanda.

---

exige, em princípio, caução para que se proceda o levantamento de depósito de dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real." ARAÚJO, Luciano Vianna. O julgamento antecipado parcial sem ou com resolução de mérito do CPC/2015. *Revista de Processo*. Vol. 286, Ano 43, p. 237-273. São Paulo: Ed. RT, dez/2018. p. 251.

<sup>119</sup> Enunciado nº. 49 do ENFAM: No julgamento antecipado parcial de mérito, o cumprimento provisório da decisão inicia-se independentemente de caução (art. 356, § 2º, do CPC/2015), sendo aplicável, todavia, a regra do art. 520, IV.

<sup>120</sup> Bueno entende que o art. 356, § 2º do CPC possibilita não só o início do cumprimento, mas a própria satisfação, o que entendemos equivocada a visão. "O § 2º do art. 356, de qualquer sorte, permite que, nesse caso, o cumprimento provisório – não só o início da fase propriamente dita, mas, mais do que isso, a satisfação do direito perseguido nela – dê-se independentemente de caução, previsão que, nesse sentido, excepciona a regra genérica do inciso IV do art. 520." BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 334.

## 2.9 A suspensão parcial por repetitivos e a decisão parcial

O CPC/2015 primou por uma ênfase aos precedentes judiciais vinculantes, com a remodelação ou criação de institutos que formam decisões para serem seguidas em julgamentos com a mesma conjuntura fático-jurídica. Os institutos que têm esse condão são aqueles com maior tendência e serventia para gestão de estoque de demandas repetitivas: recursos excepcionais repetitivos, e o incidente de resolução de demandas repetitivas.

Por tratarem de matérias que se repetem, com milhares ou milhões de processos com identidade material e similitude fática, uma vez realizada a decisão de afetação para o início do procedimento que alterará alguns processos para formar o futuro precedente vinculante repetitivo por um destes institutos citados, não há motivos para que os processos que contiverem as mesmas discussões materiais continuarem em sua tramitação, com a necessidade de que o relator do processo representativo da controvérsia determine a suspensão dos demais processos idênticos, seja regionalmente no IRDR, seja nacionalmente nos recursos excepcionais repetitivos.

Desse modo, os demais processos – em qualquer grau de jurisdição – sobre a mesma matéria são considerados como afetados, sofrendo uma suspensão no seu andamento processual para a espera da definição da decisão repetitiva e, conseqüentemente, uma posterior aplicabilidade nestes processos suspensos. Não há razões para prosseguirem o seu processamento, independentemente do grau, se o Tribunal que afetou a matéria julgará em algum instituto, com posterior posicionamento e aplicabilidade para esses casos.

No rito excepcional repetitivo<sup>121</sup> – art. 1.037, II do CPC – e no IRDR<sup>122</sup> – art. 982, I do CPC<sup>123</sup> –, há disposição expressa para tal situação, com a determinação de que, adotado o rito destes ins-

<sup>121</sup> Oliveira, corretamente, entende que a suspensão é automática: “é imperativa, não podendo o magistrado de 1º e 2º graus negar-se a suspender o processo que trate de questão idêntica a ser definida no respectivo Tribunal Superior (...) a ampliação objetiva (territorial) e subjetiva (efeitos erga omnes) da eficácia do acórdão decorre da própria natureza da decisão proferida, atingindo todos os processos em que se discuta a mesma questão de direito” OLIVEIRA, Pedro Miranda de. *Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015*. São Paulo: Conceito Editorial, 2016. p. 261.

<sup>122</sup> Enunciado n.º. 93 do FPPC: Admitido o incidente de resolução de demandas repetitivas, também devem ficar suspensos os processos que versem sobre a mesma questão objeto do incidente e que tramitem perante os juizados especiais no mesmo estado ou região. Enunciado n.º. 95

titutos, com a ulterior decisão de afetação, os processos com identidade material devem ser suspensos, guardadas as limitações territoriais de cada instituto.

No entanto, é pertinente que a suspensão não ocorra sobre o processo inteiro, de modo integral e automático, quando este for objetivamente complexo, dada a cumulação de pedidos ou de relações jurídicas existentes naquela demanda. Mediante isso, a suspensão deve ser correspondente ao que se afetou para a formação do precedente judicial, sem impactar parcelas da demanda alheias ao que for decidido no instituto que formará a decisão vinculante, ainda que seja uma só demanda com cumulações, a suspensão deve ser parcial, com a possibilidade de prosseguir com as parcelas da demanda que não foram afetadas.

A parcela da demanda que contiver identidade fático-jurídica com a matéria discutida para formar precedente judicial repetitivo deve ser suspensa, e o restante deve continuar para o seu julgamento, com a possibilidade de instrução probatória e demais atos, seguindo os mesmos requisitos e possibilidades, diante da autonomia e independência sobre as questões de fato e de direito.

Se a suspensão continuar por um tempo razoável e for possível julgar o restante da demanda, esta será a decisão parcial<sup>124</sup>, e a matéria suspensa que somente poderá ser julgada em momento posterior passará a ser a sentença.

A questão de fato<sup>125</sup> é a base para que se possa prolatar uma decisão parcial e, para tanto, se uma questão de fato for perti-

---

do FPPC: A suspensão de processos na forma deste dispositivo depende apenas da demonstração da existência de múltiplos processos versando sobre a mesma questão de direito em tramitação em mais de um estado ou região.

<sup>123</sup> Sobre essa discricionariedade: “A redação do art. 982, I, do CPC/2015 sugere que a suspensão do processo é integral e inexorável. Não nos parece, contudo, que seja assim. Pode-se, por exemplo, estar-se diante de questão de direito processual que não impeça a tramitação do processo, para que se realizem atos que não serão atingidos pela decisão que julgar o incidente”. MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 2ª Ed. RT: São Paulo. 2015. p. 1..327.

<sup>124</sup> Enunciado nº. 126 do JDPC: O juiz pode resolver parcialmente o mérito, em relação à matéria não afetada para julgamento, nos processos suspensos em razão de recursos repetitivos, repercussão geral, incidente de resolução de demandas repetitivas ou incidente de assunção de competência.

<sup>125</sup> Evidentemente que, para a suspensão dos repetitivos, essa ordem deve vir com a melhor afetação possível, com a determinação da sua concretude

nente a uma parcela da demanda, se puder ser resolvida, essa parcela pode ser julgada antecipadamente, gerando a decisão parcial de mérito e, em algumas situações, sem mérito. O restante da demanda prossegue para resolver as demais questões de fato necessárias para a cognição plena para a prolação da sentença.

O funcionamento da suspensão de parcela da demanda por causa de afetação em repetitivo não impede o prosseguimento das questões de fato, com a instrução sendo possível para toda a demanda, somente com a impossibilidade, mediante a afetação e suspensão pelo repetitivo, de decidir-se o pedido da parcela suspensa do processo.

Diante disso, mesmo que seja uma cumulação de pedidos que dependa somente de uma mesma questão de fato, o que em uma situação normal somente poderia ser respondida em conjunto em uma sentença, em momento pós-instrução probatória, pela suspensão da parcela da demanda por causa do repetitivo, haverá, nessa hipótese específica, a possibilidade da prolação da decisão parcial de mérito, mesmo que, em uma situação normal, seria todos os pedidos julgados junto na sentença<sup>126</sup>.

---

fática, justamente para que se possa suspender adequadamente os processos realmente plausíveis de serem afetados: “Não bastará, contudo, identificar a questão jurídica, sem delimitar a situação fática que lhe está subjacente, ou seja, as circunstâncias fáticas que ensejam a controvérsia, ou, ainda, a categoria fática para a qual a tese será aplicada”. DIDIER Jr. Fredie; TEMER, Sofia Orberg. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do tribunal. *Revista de Processo*. vol. 258, Ano 41, p. 257-278, São Paulo: Ed. RT, Ago/2016. p. 263.

<sup>126</sup> Correia Filho entende que a coletivização das questões de mérito, utilizando os repetitivos e os institutos inerentes a essa processualística, impõe uma facilidade maior para o julgamento parcial nas demandas. Concordamos em parte com tal enunciado, de fato a cisão cognitiva inerente às matérias repetitivas é facilitada pela existência dessas técnicas de coletivização de resoluções; contudo, cria uma diversa cisão, uma vez que o fato gerador dessa cisão temporal não será a questão de fato resolvível, como nos demais, mas o enquadramento, ou não, da matéria em termos da questão de direito no que for já definido pelos Tribunais como precedente judicial repetitivo ou que futuramente o será, como no caso da suspensão mencionada. Por causa da suspensão para o julgamento do repetitivo, um processo que seria decidido na sentença de modo uno pode bipartir-se. “De fato, é difícil negar que essas técnicas de coletivização poderão ser mais e melhor aplicadas com a admissão dos julgamentos parciais. Afinal, é evidente que, com a cisão da apreciação

Obviamente que se a suspensão da parcela da demanda for em pedido subordinante em cumulação sucessiva ou subsidiária, a demanda terá que ser toda suspensa, sem a possibilidade de prosseguir com o julgamento do restante, apesar de poder se instruir o processo; contudo, o restante restando suspenso depois da instrução, com a possibilidade de julgamento do que se afetou nos repetitivos.

## Conclusão

Este estudo apresentou o instituto decisão parcial no CPC/2015, amparada pelos arts. 354, parágrafo único – sem mérito –, e 356 – com mérito – com a preocupação após o delineamento na primeira parte sobre a própria cisão cognitiva e suas possibilidades diante de um processo objetivamente complexo em enfrentar as consequências dessa escolha na fase de conhecimento e o diálogo necessário com diversos institutos processuais subsequentes, como: custos do processo; recorribilidade; remessa necessária; coisa julgada da decisão parcial; a questão de fato resolvida e a impossibilidade de rediscussão na sentença; ação rescisória da decisão parcial; a liquidação de sentença da decisão parcial; execução parcial: provisória e definitiva; e a suspensão parcial por repetitivos.

De modo geral, todos os institutos analisados devem ser readaptados e redimensionados para uma relação específica com a cisão cognitiva, haja vista que a prolação de uma decisão sobre parcela da decisão cinda o processo em dois, em uma autêntica bipartição cognitiva e procedimental. Mediante isso, as consequências são diferentes de um processo que se almeja uma jurisdição una via uma sentença que responda a todos os pontos.

O custeio do processo deve ser igualmente cindido, justamente para que se relacione com o pedido que foi julgado e aquele que prossegue em cognição; impacto na recorribilidade impõe uma reestruturação específica do agravo de instrumento dessa hipótese decisória para adequação ao conteúdo decidido; a decisão parcial contra a Fazenda Pública impõe tanto um diálogo com a remessa necessária, bem como uma bipartição do processo que possa até

---

do mérito e das questões de mérito em diferentes partes, aumentaria a probabilidade de serem identificadas controvérsias, questões ou casos idênticos, como exige a (termina assim mesmo?).” CORREIA FILHO, Antonio Carlos Nachif. Julgamentos parciais no processo civil. São Paulo, SP, 2015. 176 p. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Direito. p. 111/112.

dispensar a remessa pela divisão de valores do pedido inicial; a coisa julgada parcial diferencia-se da coisa julgada progressiva e necessita de uma teoria própria diversa, com limites específicos; as questões de fato resolvidas na decisão parcial e não impugnadas via recurso devem ser cobertas pela preclusão, ainda que impactem o restante da demanda; a ação rescisória da decisão parcial tem um regramento diverso no aspecto temporal sobre o regramento da ação rescisória de uma coisa julgada una e também da coisa julgada progressiva; a liquidação de sentença da decisão parcial deve ser feita em um processo autônomo, com ou sem a existência de recurso, provisória ou definitivamente; a execução da decisão parcial não se confunde, procedimentalmente, com a execução da parcela restante da demanda, seja provisória, seja definitiva; a suspensão de parcela de demanda por repetitivo a ser julgado cria uma nova relação de cisão cognitiva, com a possibilidade de julgamento da parcela que não guarda identidade fático-jurídica com o repetitivo.

A junção deste presente estudo com a primeira parte de uma análise minuciosa sobre o impacto da opção por uma cisão cognitiva no processo civil brasileiro, com a abertura legal para a prolação de uma decisão parcial com ou sem mérito, e o enfrentamento de como este ato decisório em um processo objetivamente complexo desencadeia uma série de outras consequências processuais, com a necessidade de entender-se cada impacto.

## Referências

ALVIM, Teresa Arruda. Comentários ao art. 1.002. CABRAL, Antonio Passo, CRAMER, Ronaldo (orgs.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil, 2ª edição**. Método, 06/2016. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971441/>

ALVIM, Teresa Arruda; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 1ª. Ed, São Paulo: RT. 2015.

AMBRIZZI, Tiago Ravazzi. Julgamento fracionado do mérito no processo civil brasileiro. São Paulo, SP, 2014. 231 p. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Direito.

ANDREATINI, Livia Losso. **Princípio da oralidade no Novo Código de Processo Civil**: a possibilidade de sustentação oral em agravo de instrumento que verse sobre decisão interlocutória de mérito. *Revista de Processo*. Vol. 282, Ano 43, p. 319-334, São Paulo: Ed. RT, Ago/2018.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Os pronunciamentos de mérito no novo CPC:** reafirmação de um posicionamento. Revista Dialética de Direito Processual. n. 149, p. 62-68, São Paulo: Dialética, Ago/2015.

\_\_\_\_\_. **A recorribilidade das interlocutórias no novo CPC:** variações sobre o tema. Revista de Processo. Vol. 251, Ano 41, p. 207-228, São Paulo: Ed. RT, Jan/2016.

\_\_\_\_\_. **Coisa julgada e as questões prejudiciais:** a ampliação da estabilização das decisões judiciais e a diminuição da litigiosidade. R. bras. Dir. Proc. – RBDPro | Belo Horizonte, ano 26, n. 102, p. 257-274, abr./jun/2018.

ARAÚJO, Luciano Vianna. O julgamento antecipado parcial sem ou com resolução de mérito do CPC/2015. Revista de Processo. Vol. 286, Ano 43, p. 237-273. São Paulo: Ed. RT, dez/2018

ARAÚJO, André Luiz Maluf de. Comentário ao art. 507. Novo código de processo civil comentado – Tomo II (art. 318 ao art. 770). Orgs: RIBEIRO, Sergio Luiz Almeida; GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos; PANTALEÃO, Izabel Cristina; GOUVEIA, Lucio Grassi de. Ed. Lualri, São Paulo, 2017.

ARRUDA, Paulo Gonçalves de. A sentença parcial vista pelos Tribunais e o reflexo do fracionamento do mérito no anteprojeto do novo Código de Processo Civil.

Revista de Processo. Vol. 222, Ano 38, p. 257-292, São Paulo: Ed. RT, 2013.

ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos.** São Paulo: Ed. RT 2007.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. Comentários ao art. 966. Novo Código de Processo Civil Comentado – Tomo III (art. 771 ao art. 1.072). Orgs: RIBEIRO, Sergio Luiz Almeida; GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos; PANTALEÃO, Izabel Cristina; GOUVEIA, Lucio Grassi de. Ed. Lualri, São Paulo, 2017.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A eficácia preclusiva da coisa julgada material no sistema do processo civil brasileiro. Temas de direito processual civil – Primeira série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Vol. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983

BUZAID, Alfredo. **Da apelação ex-officio.** São Paulo: Saraiva, 1951.

BARIONI, Rodrigo Otávio. Capítulo VII: Da ação rescisória. In: Teresa Arruda Alvim Wambier; Fredie Didier Jr.; Eduardo Talamini; Bruno Dantas. (Org.). Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil. 2ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada dinâmica: limites objetivos e temporais. Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. 2012. 605 f. Tese (doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Ação rescisória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. Comentário ao art. 1.013. CABRAL, Antonio do Passo, CRAMER, Ronaldo (orgs.). *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2ª ed.. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971441/>

\_\_\_\_\_. **O Novo Processo Civil Brasileiro, 3ª edição**. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597009941/>

CASTELO, Fernando Alcântara. A coisa julgada parcial e o problema do termo inicial para a propositura da ação rescisória no CPC de 2015. *Revista de Processo*. Vol. 227, Ano 43, p. 283-304, São Paulo: Ed. RT, mar/2018.

CRAMER, Ronaldo. Comentário ao art. 966. CABRAL, Antonio Passo, CRAMER, Ronaldo (orgs.). **Comentários ao novo código de processo civil, 2ª edição**. Método, 06/2016. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971441/>

CRUZ, Danilo Nascimento. Comentário ao art. 486. *Novo Código de Processo Civil comentado – Tomo II* (art. 318 ao art. 770). Orgs: RIBEIRO, Sergio Luiz Almeida; GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos; PANTALEÃO, Izabel Cristina; GOUVEIA, Lucio Grassi de. Ed. Lualri, São Paulo, 2017.

CORREIA FILHO, Antonio Carlos Nachif. *Julgamentos parciais no processo civil*. São Paulo, SP, 2015. 176 p. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Direito.

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.

\_\_\_\_\_. O problema das decisões interlocutórias não agraváveis anteriores e o agravo de instrumento contra decisão parcial. <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-188/> - Acessado dia 31 de janeiro de 2019.

DECOMAIN, Pedro Roberto. A sentença, as despesas processuais e os ônus da sucumbência na ação popular. *Revista Dialética de Direito Processual*. Vol. 74, p. 87-104, São Paulo: Dialética, 2009.

DIDIER JR., Fredie. Comentário ao art. 485. CABRAL, Antonio do Passo, A. D., CRAMER, Ronaldo (orgs.), R. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil, 2ª edição**. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971441/>

DIDIER Jr. Fredie; TEMER, Sofia Orberg. A decisão de organização do incidente de resolução de demandas repetitivas: importância, conteúdo e o papel do regimento interno do tribunal. **Revista de Processo**. vol. 258, Ano 41, p. 257-278, São Paulo: Ed. RT, Ago/2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Capítulos de sentença**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. III. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FELIX, Juarez Rogério. O duplo grau de jurisdição obrigatório. In: Teresa Arruda Alvim Wambier; Nelson nery Jr. (Org.). Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis de Acordo com a Lei 9.756/98.1ª. ed.,p. 420-432, São Paulo: Ed. RT, 1999.

GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos. Comentário ao art. 503. Novo Código de Processo Civil comentado – Tomo II (art. 318 ao art. 770). Orgs: RIBEIRO, Sergio Luiz Almeida; GOUVEIA FILHO, Roberto Pinheiro Campos; PANTALEÃO, Izabel Cristina; GOUVEIA, Lucio Grassi de. Ed. Lualri, São Paulo, 2017.

HILL, Flavia Pereira. Breves comentários às principais inovações quanto aos meios de impugnações das decisões judiciais no Novo CPC. **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.

LEMOS, Walter Gustavo da Silva; LEMOS, Vinicius Silva. A decisão parcial de mérito e a total simetria com a remessa necessária. In: José Henrique Mouta Araujo; Leonardo Carneiro da Cunha; Marco Antonio Rodrigues. (Org.). Coleção Repercussões do Novo CPC – Fazenda Pública. 2 ed., p. 795-813, Salvador: Juspodivm, 2016.

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, Set/2016.

LESSA, Guilherme Thofehrn. Julgamento parcial do mérito e a necessidade de aplicação do procedimento recursal adequado. *Revista de Processo*. Vol. 281, Ano 43, p. 281-303, São Paulo: Ed. RT, Jul / 2018.

LOPES. João Batista. Poderes do juiz e o aprimoramento da prestação jurisdicional. *Revista de Processo*. Vol. 35, Ano 9, São Paulo: Ed. RT, abr/jun/1984.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. Julgamentos antecipados parciais de mérito. *Revista de Processo*. Vol. 257. ano 41. p. 125-150. São Paulo: RT, jul/2016.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela provisória e julgamento parcial no CPC de 2015: avan-

ços e perspectivas. O novo Código de Processo Civil: questões controvertidas. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MÂCEDO, Lucas Buril de. **A eficácia das decisões judiciais e o cumprimento de sentença no CPC/2015**. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - v.4 - Execução. Organizadores: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. 2ª. Ed. JusPodivm, Salvador, 2016.

\_\_\_\_\_. Coisa julgada sobre fato? Análise comparativa com o *collateral estoppel* de sua possibilidade de *lege lata* ou de *lege ferenda*. Revista de Processo. vol. 260, p. 355 – 412, São Paulo: Ed. RT, Out / 2016.

MARTINS, Pedro Baptista. A arbitragem e o mito da sentença parcial. in CARMONA, Carlos Alberto (coord.); LEMES, Selma Ferreira (coord.); MARTINS, Pedro Batista (coord.). Arbitragem: Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares *in memoriam*. São Paulo: Atlas, 2007.

MAZZEI, Rodrigo. Liquidação de sentença: breve ensaio a partir do CPC/2015. Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - v.4 - Execução. Organizadores: DIDIER JR., Fredie; FREIRE, Alexandre; MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. 2ª. Ed. JusPodivm, Salvador, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Ci-**

**vil comentado**. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

MEIRELES, Edilton. Julgamento antecipado parcial do mérito. Revista de Processo. Vol. 252, Ano 41, p. 133–146, São Paulo: Ed. RT, Fev/2016.

MIRANDA, Pedro de Oliveira. **Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015**. 1. ed. Florianópolis, Conceito Editorial, 2015.

MILHORANZA, Mariangela Guerreiro; MOLINARO, Carlos Alberto. Liquidação e cumprimento da sentença e o novo código de processo civil. Execução civil e temas afins. Organizadores: ARRUDA ALVIM; ARRUDA ALVIM, Eduardo; BRUSCHI, Gilberto Gomes; CHECHI, Mara Larsen; COUTO, Monica Bonneti. Editora RT: São Paulo, 2015.

MITIDIERO, Daniel. Direito Fundamental ao Julgamento Definitivo da Parcela Incontroversa: uma Proposta de Compreensão do Art. 273, § 6, CPC, na Perspectiva do Direito Fundamental a um Processo sem Dilações Indevidas (art. 5, inciso LXXVIII, CRFB). Revista de Processo. Vol. 149, Ano, 32, p. 105-119, São Paulo: Ed. RT, 2007.

MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro. As quatro espécies de coisa julgada no Novo CPC. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro. Ano 26, n. 101, p. 247-266, Belo Horizonte, jan/mar/ 2018.

MOUZALAS, Rinaldo; TERCEIRO NETO, João Otávio. Decisão parcial de mérito. Revista de Processo. Vol. 260, Ano 41, p. 199-226, São Paulo: Ed. RT, out/2016.

NERY JR., Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2004.

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 processo civil**. 8. ed. Volume único. Salvador: Jus Podivm, 2016.

\_\_\_\_\_. **Novo Código de Processo Civil comentado**. Salvador: JusPodivm, 2016.

OLIVEIRA, Bruno Silveira. Um novo conceito de sentença. Revista de Processo. Vol. 149, Ano 32, p. 120-138, São Paulo: Ed. RT, Jul/2007.

\_\_\_\_\_. A 'interlocutória-faz-de-conta' e o 'recurso ornitorrinco' (ensaio sobre a sentença parcial e sobre o recurso dela cabível). Revista de Processo. Vol. 203, Ano 37, p. 73-96, São Paulo: Ed. RT, 2012.

OLIVEIRA, Pedro Miranda de. **Novíssimo sistema recursal conforme o CPC/2015**. São Paulo: Conceito Editorial, 2016.

\_\_\_\_\_. O regime especial do agravo de instrumento contra decisão parcial (com ou sem resolução de mérito). Revista de Processo. Vol. 264, Ano 42, p. 183-205, São Paulo: Ed. RT, 2017.

OLIVEIRA FILHO, Silas Dias de. Julgamento Fracionado do Mérito e Implicações no Sistema Recursal. São Paulo, SP, 2013. 256 p. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo. Programa de Pós-Graduação em Direito.

OLIVEIRA, Weber Luiz de. Remessa necessária, julgamento antecipado parcial do mérito e estabilização da tutela antecipada – reflexões iniciais para execução contra a Fazenda Pública diante do código de processo civil de 2015. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. n. 66. Maio/Jun/2015.

PEDRON, Flávio Barbosa Quinaud; MILAGRES, Allan. Reflexões sobre o julgamento antecipado parcial do mérito no processo civil e no processo do trabalho. Revista de Processo. Vol. 285, ano 43, p. 273-289, São Paulo: Ed. RT, 2018.

PEIXOTO, Ravi. Ação rescisória e capítulo de sentença: a análise de uma relação conturbada a partir do CPC/2015. **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.

PEIXOTO, Ravi; SILVEIRA, Marcelo Pichioli da. Ação rescisória e competência: novos e velhos problemas. Revista Brasileira de Direito Processual RBDPro. Belo Horizonte, ano 24, n. 96, out. / dez. 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo: introdução ao processo civil**. V. I. SaPo Paulo: Saraiva, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Tratado da ação rescisória. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1976.

REDONDO, Bruno Garcia. Apelação: o recurso adequado à impugnação da sentença interlocutória. NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coord.). Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins. v. 12, p. 31-60, São Paulo: Ed. RT, 2011.

\_\_\_\_\_. Sentença parcial de mérito e apelação em autos suplementares. Revista de Processo. Vol. 160, Ano 33, São Paulo: Ed. RT, jun/2008.

RODRIGUES, Marco Antônio. **O reexame necessário no julgamento antecipado parcial do mérito**. <http://genjuridico.com.br/2016/05/20/o-reexame-necessario-no-julgamento-antecipado-parcial-do-merito/>. Acessado em 31 de janeiro de 2019.

\_\_\_\_\_. **A fazenda pública no processo civil**. Ed. Gen Atlas. 1ª ed. São Paulo. 2016.

SANT ANNA, Paulo. Sentença parcial. in MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luiz Otávio Siqueira de; GOMES JR., Luis Manoel (coords.). Os poderes do juiz e o controle das decisões ju-

diciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Ed. RT, 2008.

SANTOS, Welder Queiróz dos. Ação rescisória contra decisão parcial de mérito e contra capítulo não recorrido. Revista de Processo. Vol. 272, Ano 42, p. 327-350, São Paulo: Ed. RT, 2017.

SILVA, Beclaute Oliveira; ARAUJO, José Henrique Mouta; SILVA, I. L. Eficácia do agravo de instrumento na decisão antecipada parcial de mérito. Revista Eletrônica de Direito Processual. v. 1, p. 57-75, 2016.

SCARPARO, Eduardo Kochenborger. Sentenças parciais? Considerações a partir de reforma do art. 161, §1º, do CPC. Revista de Processo. Vol. 148, Ano 32, p. 153-168, São Paulo: Ed. RT, Jun/2007.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Algumas implicações do novo conceito de sentença, de acordo com a Lei n. 11.232/2005. in CARMONA, Carlos Alberto (coord.). Reflexões sobre a reforma do Código de Processo Civil. 1ª. ed. São Paulo: Atlas, 2007. SICA, Heitor Vitor Mendonça. Comentário ao art. 1.015. STRECK, Lenio. **Comentários ao código de Processo Civil**, 11. ed. [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502635609/>

SILVA, Beclaute Oliveira; ARAUJO, José Henrique Mouta; SILVA, I. L. Eficácia do agravo de instrumento na decisão antecipada parcial de mérito. Revista Eletrônica

de Direito Processual. Vol. 1, p. 57-75, 2016.

SIQUEIRA, Thiago Ferreira. O julgamento antecipado parcial do mérito no Novo Código de Processo Civil brasileiro. *Civil Procedure Review*, v. 7, p. 165-208, 2016.

SOUZA, Gerson Amaro de. Coisa julgada formal e a impossibilidade de renovação da ação no CPC/2015. *Revista Dialética de Direito Processual*. Vol. 153, p. 47-68, São Paulo: Dialética, 2015.

TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. Sentenças objetivamente complexas: impossibilidade de trânsito em julgado parcial. *Revista de Processo*. Vol. 162, Ano 34, p. 228-250, São Paulo: Ed. RT, 2008.

THAMAY, Rennan Faria Kruger. **Manual de Direito Processual Civil**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

THEODORO JR, Humberto. **As novas reformas do Código de Processo Civil (LGL1973\5)**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito processual civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. v. 1. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito processual civil**. Vol. I, 59. ed. 2018 [Minha Biblioteca]. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977764/>

TUCCI, José Rogério Cruz e. Comentários aos arts. 318 a 368. In: GOUVEA, José Roberto; BONDIOLI, Luiz Guilherme; FONSECA, João Francisco (Coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil* 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

VAREJÃO, José Ricardo do Nascimento. As classificações, a lei 11.232/2005 e o novo conceito de sentença". WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Aspectos Polêmicos da Nova Execução: de títulos judiciais a Lei nº. 11.232/2005*. São Paulo: Ed. RT, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. Vol. 2, 5. ed., São Paulo: Ed. RT, 2016.

YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J.; RODRIGUES, Viviane Siqueira. **Comentários ao novo código de processo civil**: artigos 334 ao 368. Coords: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. 1 ed., São Paulo: Ed. RT, 2016.



# Correção monetária de créditos trabalhistas – STF – ADC 58

**Paulo Henrique Garcia Hermosilla**

*Advogado em São Paulo*

*Mestre e Doutor em Direito Civil pela*

*Universidade de São Paulo*

*Assessor Jurídico – AJURE/Adjunta Campinas –*

*Banco do Brasil S/A*

## RESUMO

A definição do índice de correção monetária referente aos créditos trabalhistas há muito tempo desafia advogados, magistrados, peritos contábeis e as partes envolvidas. Por um longo período, tais créditos foram corrigidos pela Taxa Referencial ou, mais recentemente, pelo IPCA-E, ou, ainda, por um sistema misto que inclui ambos os índices, sempre acrescido dos juros de mora após o ajuizamento da demanda. O tema causou tamanha dificuldade que alguns magistrados simplesmente relegaram a definição do indexador para a fase da execução, na esperança que a questão já estivesse decidida quando da liquidação. Por fim, pelo menos aparentemente, o Supremo Tribunal Federal finalmente pacificou a matéria, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, ao decidir que a atualização dos créditos decorrentes da condenação judicial e a correção dos depósitos recursais em contas judiciais na Justiça do Trabalho deverão observar, até que sobrevenha solução legislativa, os mesmos índices de correção monetária e de juros vigentes para as condenações cíveis em geral, quais sejam, o IPCA-E na fase pré-judicial e a taxa SELIC a partir da citação.

Palavras-chave: Correção monetária. ADC 58. SELIC. IPCA-E.

## ABSTRACT

The definition of the monetary correction index related to labor credits has long challenged lawyers, magistrates, accounting experts and the parties involved. For a long period, these credits were adjusted by the Reference Rate or, more recently, by the IPCA-E, or, still,

by a mixed system that includes both indexes, always with interest on arrears after filing the demand. The issue caused such difficulty that some magistrates simply relegated the definition of the indexer to the execution phase, in the hope that the issue was already decided at the time of liquidation. Finally, at least apparently, the Supreme Federal Court finally pacified the matter, with effective *erga omnes* and binding effect, when deciding that the updating of the credits resulting from the judicial conviction and the correction of the appeals deposits in judicial accounts in the Labor Court must observe, until there is a legislative solution, the same indexes of monetary correction and interest in force for civil convictions in general, which are the IPCA-E in the prejudicial phase and the SELIC rate from the citation.

Keywords: Monetary correction. ADC 58. SELIC. IPCA-E.

## Introdução

O tema em discussão envolve os conceitos de correção monetária e de juros de mora, sendo necessário, portanto, lembrar que, enquanto a correção monetária assegura a manutenção do poder de compra da moeda (poder aquisitivo) no decorrer do tempo, os juros de mora remuneram o capital em função do inadimplemento da obrigação na época própria.<sup>1 2 3 4</sup>

- <sup>1</sup> A maior proteção ao salário é a irredutibilidade, consagrada pela CF, que prevê, no entanto, a possibilidade de redução, quando assim for estipulado em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho (art. 7º, VI). A irredutibilidade prevista na CF é apenas a nominal, não resguardando o salário dos efeitos da inflação. (CISNEIROS, Gustavo. *Direito do trabalho sintetizado*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018, p. 227).
- <sup>2</sup> O inciso VI do art. 7º assegura o princípio da “irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”, o que significa autêntica novidade em matéria constitucional. Com efeito, omissa era a Carta anterior a respeito desta garantia de grande importância. É claro que ao nível da lei ordinária há muito estava tal princípio consagrado, mas só agora atinge *status* constitucional. (MANUS, Pedro Paulo Teixeira. *Direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 271).
- <sup>3</sup> Veda-se a redução do salário, por ser a razão da subsistência do trabalhador, além de ser a mais importante contraprestação aos serviços prestados. (JORGE NETO, Francisco Ferreira. *Manual de direito do trabalho / Francisco Ferreira Jorge Neto, Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017, p. 329).

A correção monetária há muito tempo vem preocupando as autoridades<sup>5 6</sup>, sendo um tema recorrente desde 1964, quando foi editada a Lei nº 4.380, de 21/08/1964, a qual, entre outras providências, instituiu a correção monetária nos contratos imobiliários de interesse social, o sistema financeiro para aquisição da casa própria e criou o Banco Nacional da Habitação (BNH), prevendo, em seu art. 5º, a vinculação da correção monetária do débito à variação do salário mínimo.

O crédito trabalhista é tradicionalmente corrigido monetariamente com base em índices oficiais e remunerado com juros de mora a partir do ajuizamento da reclamação trabalhista (CLT, art. 883 c/c Lei nº 8.177/1991, art. 39, § 1º).<sup>7</sup>

<sup>4</sup> O princípio da irredutibilidade já estava implicitamente previsto no art. 468 da CLT, que não permite a alteração de cláusula contratual (especialmente a que dispõe sobre salário) em prejuízo do trabalhador.

O art. 7º, VI, da CF/88 consagra-o explicitamente, excepcionando apenas a possibilidade de redução salarial por meio de convenção ou acordo coletivo de trabalho. (BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. Curso de direito do trabalho. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 238).

<sup>5</sup> Tribunal Superior do Trabalho

Súmula nº 381 do TST

CORREÇÃO MONETÁRIA. SALÁRIO. ART. 459 DA CLT (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 124 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005.

O pagamento dos salários até o 5º dia útil do mês subsequente ao vencido não está sujeito à correção monetária. Se essa data limite for ultrapassada, incidirá o índice da correção monetária do mês subsequente ao da prestação dos serviços, a partir do dia 1º. (ex-OJ nº 124 da SBDI-1 - inserida em 20.04.1998)“

<sup>6</sup> Tribunal Superior do Trabalho

Súmula nº 211 do TST

JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. INDEPENDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL E DO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Os juros de mora e a correção monetária incluem-se na liquidação, ainda que omisso o pedido inicial ou a condenação.

<sup>7</sup> Tribunal Superior do Trabalho

OJ 300 - Subseção I Especializada em Dissídios Individuais - SBDI I

300. EXECUÇÃO TRABALHISTA. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS. LEI Nº 8.177/91, ART. 39, E LEI Nº 10.192/01, ART. 15 (nova redação) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005.

Não viola norma constitucional (art. 5º, II e XXXVI) a determinação de aplicação da TRD, como fator de correção monetária dos débitos trabalhistas, cumulada com juros de mora, previstos no artigo 39 da Lei nº 8.177/91 e convalidado pelo artigo 15 da Lei nº 10.192/01.

Os juros de mora e a correção monetária dos créditos decorrentes da condenação judicial no âmbito da Justiça do Trabalho têm sido objeto de intenso debate desde 2015 e especialmente após a alteração do § 4º, do art. 899, e da inclusão do § 7º ao art. 879 da CLT pela Lei nº 13.467/2017, a chamada Reforma Trabalhista.

A Lei nº 8.177, de 1º/03/1991, estabeleceu regras para a desindexação da economia e determinou, em seu art. 39, que os débitos trabalhistas, quando não satisfeitos pelo empregador na época própria, definida pela lei, acordo ou convenção coletiva, sentença normativa ou cláusula contratual, sofreriam juros de mora equivalentes à Taxa Referencial Diária (TRD) acumulada no período compreendido entre a data de vencimento da obrigação e o seu efetivo pagamento.

Apesar de o *caput* do art. 39 determinar que “sofrerão juros de mora equivalentes à TRD”, trata-se, na verdade, de correção monetária, pois os juros de mora propriamente ditos foram previstos no § 1º do referido dispositivo, sendo fixados em “um por cento ao mês, contados do ajuizamento da reclamatória e aplicados *pro rata die*, ainda que não explicitados na sentença ou no termo de conciliação”.

Posteriormente, a TRD foi extinta pelo art. 2º da Lei nº 8.660, de 28/05/1993, sendo substituída pela Taxa Referencial (TR), índice aplicado à correção monetária dos depósitos de poupança (art. 7º).

O art. 15 da Lei nº 10.192, de 14/02/2001, que dispõe sobre as medidas complementares ao Plano Real, determina que: “Permanecem em vigor as disposições legais relativas a correção monetária de débitos trabalhistas, de débitos resultantes de decisão judicial, de débitos relativos a ressarcimento em virtude de inadimplemento de obrigações contratuais e do passivo de empresas e instituições sob os regimes de concordata, falência, intervenção e liquidação extrajudicial”.

É importante destacar que, desde setembro/2017, a Taxa Referencial é 0 (zero)<sup>8</sup>, o que reforça o entendimento pretoriano acerca de sua imprestabilidade do índice para servir de parâmetro à correção monetária dos créditos decorrentes de condenações judiciais.

Em março/2013, o STF, ao apreciar as ADIs 4.357/DF e 4.425/DF, declarou a inconstitucionalidade da expressão “índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança”, constante do § 12 do art. 100, da Constituição Federal, bem como a

<sup>8</sup> Associação dos Advogados de São Paulo. Fonte: <<https://www.aasp.org.br/suporte-profissional/tr/>>. Consulta efetuada: 28/02/2021.

inconstitucionalidade parcial dos §§ 2º, 9º, 10º, 12º do mesmo dispositivo e inciso II, § 1º e do 97, do ADCT.

Posteriormente, na Questão de Ordem referente às mesmas ADIs, a Suprema Corte modulou os efeitos da decisão que declarou inconstitucional a atualização monetária dos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, de forma a reconhecer a validade dos precatórios expedidos ou pagos até 25/03/2015, e substituiu do indexador pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E).

Antes da alteração dos índices, os cálculos trabalhistas eram atualizados com base na TR, prática que, paulatinamente, passou a ser alterada, pois tal índice não refletia, a rigor, a correção monetária.

Por seu turno, em agosto/2015, o Tribunal Pleno do Tribunal Superior do Trabalho, entendendo ser necessária a alteração do índice de correção monetária do crédito trabalhista, declarou a inconstitucionalidade por arrastamento da expressão “equivalentes à TRD” contida no *caput* do art. 39 da Lei nº 8.177/1991 (ArgInc 479-60.2011.5.04.0231), definiu a variação do Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) como fator de atualização a ser utilizado na tabela de atualização monetária dos débitos trabalhistas na Justiça do Trabalho e atribuiu efeitos modulatórios à decisão, que deveriam prevalecer a partir de 30/06/2009, data de vigência da Lei nº 11.960/2009, a qual acrescentou o artigo 1º-F à Lei nº 9.494/1997, declarado inconstitucional pelo STF<sup>9</sup>.

Posteriormente, em março/2017, atribuindo efeito modificativo ao julgado quanto aos efeitos produzidos pela decisão que acolheu a inconstitucionalidade da Taxa Referencial, o Tribunal Pleno do TST, em sintonia com o entendimento do STF, fixou sua eficácia a partir de 25/03/2015, a partir de quando deveria ser adotado o IPCA-E, sendo tal índice inserido pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) na tabela de atualização monetária da Justiça do Trabalho (Tabela Única)<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança.

<sup>10</sup> Conselho Superior da Justiça do Trabalho. Fonte: < [http://www.csjt.jus.br/web/csjt/noticias-novas-e-antigas/-/asset\\_publisher/gw4H/content/csjt-disponibiliza-tabela-de-atualizacao-monetaria-de-debitos-trabalhistas](http://www.csjt.jus.br/web/csjt/noticias-novas-e-antigas/-/asset_publisher/gw4H/content/csjt-disponibiliza-tabela-de-atualizacao-monetaria-de-debitos-trabalhistas)>. Consulta efetuada: 22/02/2021.

No dia 03/10/2019, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao apreciar os Embargos de Declaração opostos pela Confederação Nacional dos Servidores Públicos do Poder Judiciário, pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e por 18 estados da federação, além do Distrito Federal no Recurso Extraordinário nº 870.947, relatado pelo Min. Alexandre de Moraes, julgou definitivamente a matéria com repercussão geral e sem modulação temporal dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, concluindo, por maioria, que o IPCA-E se aplica de junho/2009 em diante para a atualização de débitos judiciais das Fazendas Públicas (precatórios), considerando que a TR não recompõe a perda inflacionária da moeda, razão pela qual não pode ser utilizada como índice de correção monetária.

Com base na decisão da Suprema Corte, registra-se o aresto proferido pela 3ª. Turma do C. TST, dando conta da modulação da aplicação do IPCA-E a partir de 30/06/2009. Confira-se:

(...). ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA APLICÁVEL AOS CRÉDITOS TRABALHISTAS - TAXA REFERENCIAL (TR) - INCONSTITUCIONALIDADE - MODULAÇÃO DOS EFEITOS PELO STF - APLICAÇÃO DO ÍNDICE DE PREÇOS AO CONSUMIDOR AMPLO (IPCA -E). Esta c. Corte Superior, observando a deliberação do E. STF no julgamento dos embargos de declaração opostos nos autos da Arginc 479-60.2011.5.04.0231 (acórdão publicado em 30/6/2017), vinha aplicando modulação dos efeitos da referida decisão para fixar como fator de correção dos débitos trabalhistas a Taxa TR (índice oficial da remuneração básica da caderneta de poupança), até 24/3/2015, e o IPCA-E (Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial), a partir de 25/3/2015. Precedentes. Ocorre que, em recente decisão tomada no julgamento de embargos de declaração no Recurso Extraordinário (RE) 870947, com repercussão geral reconhecida, o Plenário do STF concluiu que o Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) para a atualização de débitos judiciais das Fazendas Públicas (precatórios) deve ser aplicado a partir de junho de 2009 em diante, entendimento que deve ser estendido às empresas privadas. Por maioria de votos, restou decidido, ainda, não ser hipótese de modulação dos efeitos da decisão. Dessa forma, o índice aplicável

para fins de atualização dos créditos trabalhistas é o IPCA-E de junho de 2009 em diante. Todavia, em se tratando de recurso da empresa reclamada, a fim de evitar reformatio in pejus, mantém-se o acórdão regional no que fixou a aplicação da correção monetária pela TR até o dia 24/03/2015 e, a partir do dia 25/03/2015, o IPCA-E, conforme entendimento que vinha sendo adotado por esta Corte Superior. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (...) Agravo de instrumento conhecido e desprovido; Recurso de revista conhecido e provido. (TST - ARR: 24081-94.2015.5.24.0001, Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Data de Julgamento: 20/11/2019, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 22/11/2019).

É fato que a TR foi, definitivamente, desqualificada pela jurisprudência como fator de correção monetária, passando os tribunais a aplicar regularmente o IPCA-E, seja a partir de 30/06/2009 ou de 25/03/2015.

Alheia à flagrante inconstitucionalidade do índice, a Lei nº 13.467, de 13/07/2017, alterou a CLT e tornou a fixar a TR como índice de correção monetária para a atualização dos créditos decorrentes de condenações judiciais trabalhistas e também dos depósitos recursais.

Com a alteração introduzida pela Lei nº 13.467/2017, o § 4º, do art. 899, da CLT, passou a prever que o depósito recursal será feito em conta vinculada ao juízo e corrigido com os mesmos índices da poupança.

O art. 879 da CLT determina que a sentença ilíquida deve ser objeto de prévia liquidação através de uma das modalidades que menciona (cálculo, arbitramento ou artigos). Por seu turno, o § 7º, que foi incluído pela Lei nº 13.467/2017, dispõe que a atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial seria feita pela Taxa Referencial (TR), divulgada pelo BACEN, conforme dispõe a Lei nº 8.177/1991.

A Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (Anamatra) requereu que fosse declarada a inconstitucionalidade de ambos os dispositivos por meio das ADIs 5.867 e 6.021, enquanto entidades de classe empresariais defendiam sua constitucionalidade através da ADC 58 (Confederação Nacional do Sistema Financeiro - CONSIF) e da ADC 59 (Confederação Nacional da Tecnologia da Informação e Comunicação - CONTIC e outros).

A MP nº 905/2019, de 11/11/2019, que criou o Contrato de Trabalho Verde e Amarelo e flexibilizou a legislação trabalhista para estimular a contratação de jovens entre 18 e 29 anos, alterou a redação do § 7º, passando a prever que a atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial passaria a ser feita pela variação do IPCA-E, ou por índice que viesse a substituí-lo, calculado pelo IBGE, o qual deveria ser aplicado de forma uniforme por todo o prazo decorrido entre a condenação e o cumprimento da sentença.

Com a edição da MP 955/2020, de 20/04/2020, a MP 905/2019 teve sua tramitação suspensa no Congresso Nacional. Porém, a MP 955/2020 perdeu a validade no dia 18/08/2020, razão pela qual a MP 905/2019 deveria voltar a tramitar normalmente.

Ocorre que a MP 955/2020 foi editada no último dia de vigência da MP 905/2019, motivo pelo qual os parlamentares deveriam deliberar até o dia 18/08/2020 sobre o Contrato Verde e Amarelo, o que não ocorreu<sup>11</sup>.

A MP nº 905/2019 teve seu prazo de vigência encerrado no dia 18/08/2020<sup>12</sup>, enquanto a MP nº 955/2020 teve seu prazo de vigência encerrado no dia 17/08/2020. Com a perda da validade de ambas as medidas provisórias<sup>13</sup>, o Congresso Nacional teria 60 dias para editar um decreto legislativo que disciplinasse as relações jurídicas delas decorrentes, o que também não ocorreu, restaurando-se, portanto, a eficácia jurídica da redação original do § 7º do art. 879 da CLT dada pela Lei nº 13.467/2017.

Em junho/2020, nos autos da Medida Cautelar na ADI 58/DF, o Min. Relator Gilmar Mendes determinou, *ad referendum* do Pleno, a suspensão do julgamento de todos os processos em curso no âmbito da Justiça do Trabalho que envolvessem a aplicação dos arts. 879, § 7º, e 899, § 4º, da CLT, com a redação dada pela Lei nº 13.467/2017, e o art. 39, *caput* e § 1º, da Lei nº 8.177/91.

Por fim, o STF, por maioria, julgou parcialmente procedente a ação, para conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 879, § 7º, e ao art. 899, § 4º, da CLT, na redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017, no sentido de considerar que à atualiza-

<sup>11</sup> Agência Senado. Fonte: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/139757>>. Consulta efetuada: 20/02/2021.

<sup>12</sup> Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº. 127, de 2020. Fonte: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Congresso/adc-127-mpv905.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Congresso/adc-127-mpv905.htm)>. Consulta efetuada: 21/02/2021.

<sup>13</sup> Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº. 113, de 2020. Fonte: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Congresso/adc-113-mpv955.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Congresso/adc-113-mpv955.htm)>. Consulta efetuada: 21/02/2021.

ção dos créditos decorrentes de condenação judicial e à correção dos depósitos recursais em contas judiciais na Justiça do Trabalho deverão ser aplicados, até que sobrevenha solução legislativa, os mesmos índices de correção monetária e de juros vigentes para as condenações cíveis em geral (IPCA-E na fase pré-judicial e, a partir da citação, a taxa SELIC (CC, art. 406).

O último capítulo dado ao tema foi o recentíssimo entendimento adotado pelo STF no dia 18/12/2020, em controle concentrado de constitucionalidade, o qual trouxe mais um desafio aos operadores do direito, pois a Suprema Corte definiu que o IPCA-e e a SELIC devem ser adotados para a correção monetária e a remuneração dos débitos judiciais trabalhistas<sup>14</sup>, revendo não apenas os índices, mas também a modulação temporal de sua aplicação.

A modulação do entendimento da Suprema Corte prevê que a decisão tem efeito vinculante e valerá para todos os casos, atingindo, inclusive, os processos com decisão definitiva (trânsito em julgado) em que não haja qualquer manifestação expressa sobre os índices de correção monetária e as taxas de juros.

Assim, os advogados patronais devem dedicar especial atenção às liquidações trabalhistas em que outro indexador financeiro ou juros de mora tenham sido previstos, pois, em caso de trânsito em julgado, tais itens não poderão mais ser alterados.

## 1 Supremo Tribunal Federal

O E. STF concluiu o julgamento da ADC 58 no dia 18/12/2020 nos seguintes termos<sup>15</sup>:

**Decisão:** O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente a ação, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 879, § 7º, e ao art. 899, § 4º, da CLT, na redação dada pela Lei 13.467 de 2017, no sentido de considerar que à atualização dos créditos decorrentes de condenação judicial e à correção dos depósitos recursais em contas judiciais na Justiça do Trabalho deverão ser aplicados, até que sobre-

<sup>14</sup> Supremo Tribunal Federal. Fonte: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457520&ori=1>>. Consulta efetuada: 20/02/2021.

<sup>15</sup> Supremo Tribunal Federal. Fonte: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5526245>>. Consulta efetuada: 21/02/2021.

venha solução legislativa, os mesmos índices de correção monetária e de juros que vigentes para as condenações cíveis em geral, quais sejam a incidência do IPCA-E na fase pré-judicial e, a partir da citação, a incidência da taxa SELIC (art. 406 do Código Civil), nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio. Por fim, por maioria, modulou os efeitos da decisão, ao entendimento de que (i) são reputados válidos e não ensejarão qualquer rediscussão (na ação em curso ou em nova demanda, incluindo ação rescisória) todos os pagamentos realizados utilizando a TR (IPCA-E ou qualquer outro índice), no tempo e modo oportunos (de forma extrajudicial ou judicial, inclusive depósitos judiciais) e os juros de mora de 1% ao mês, assim como devem ser mantidas e executadas as sentenças transitadas em julgado que expressamente adotaram, na sua fundamentação ou no dispositivo, a TR (ou o IPCA-E) e os juros de mora de 1% ao mês; (ii) os processos em curso que estejam sobrestados na fase de conhecimento (independentemente de estarem com ou sem sentença, inclusive na fase recursal) devem ter aplicação, de forma retroativa, da taxa Selic (juros e correção monetária), sob pena de alegação futura de inexigibilidade de título judicial fundado em interpretação contrária ao posicionamento do STF (art. 525, §§ 12 e 14, ou art. 535, §§ 5º e 7º, do CPC) e (iii) igualmente, ao acórdão formalizado pelo Supremo sobre a questão dever-se-á aplicar eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, no sentido de atingir aqueles feitos já transitados em julgado desde que sem qualquer manifestação expressa quanto aos índices de correção monetária e taxa de juros (omissão expressa ou simples consideração de seguir os critérios legais), vencidos os Ministros Alexandre de Moraes e Marco Aurélio, que não modulavam os efeitos da decisão. Impediu o Ministro Luiz Fux (Presidente). Presidiu o julgamento a Ministra Rosa Weber (Vice-Presidente). Plenário, 18.12.2020 (STF – ADIn 5.867/DF, ADIn 6.021/DF, ADC 58/DF, ADC 59/DF – Tribunal Pleno – Rel.: Min. Gilmar Mendes - Sessão realizada por videoconferência em 18/12/20 – Resolução 672/20).

O TST teve o cuidado de divulgar a modulação dos efeitos da decisão adotada pela Suprema Corte nos seguintes termos<sup>16</sup>:

21/12/20 - O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, na última sexta-feira (18), que é inconstitucional a aplicação da Taxa Referencial (TR) para a correção monetária de débitos trabalhistas e de depósitos recursais no âmbito da Justiça do Trabalho. Até que o Poder Legislativo delibere sobre a questão, devem ser aplicados o Índice Nacional de Preço ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E), na fase pré-judicial, e, a partir da citação, a taxa Selic, índices de correção monetária vigentes para as condenações cíveis em geral. A decisão foi tomada no julgamento conjunto das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 58 e 59 e das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 5867 e 6021.

### **Modulação**

De acordo com a decisão do STF, todos os pagamentos realizados em tempo e modo oportunos mediante a aplicação da TR, do IPCA-E ou de qualquer outro índice deverão ser reputados válidos e não poderão ser rediscutidos. Por outro lado, aos processos em andamento que estejam sobrestados na fase de conhecimento, independentemente de haver sentença, deverá ser aplicada, de forma retroativa, a taxa Selic (juros e correção monetária). A modulação também prevê que a decisão tem efeito vinculante e valerá para todos os casos, atingindo os processos com decisão definitiva (trânsito em julgado) em que não haja qualquer manifestação expressa sobre os índices de correção monetária e as taxas de juros.

Assim, a modulação dos efeitos da decisão do E. STF afeta todos os processos que se encontrem na fase de conhecimento, haja ou não sentença, inclusive os que estejam na fase recursal, devendo a SELIC ter aplicação retroativa, sob pena de alegação futura de inexigibilidade de título judicial fundada em interpretação contrária ao entendimento do STF.

<sup>16</sup> Tribunal Superior do Trabalho. Fonte: <<https://www.tst.jus.br/web/guest/-/stf-define-que-ipca-e-e-selic-devem-ser-aplicados-para-correcao-monetaria-de-débitos-trabalhistas>>. Consulta efetuada: 20/02/2021.

Desse modo, estando o processo na fase de conhecimento, deve o procurador patronal requerer a aplicação imediata da SELIC desde a citação e do IPCA-E na fase pré-judicial, bem como a exclusão de qualquer outro índice de correção monetária e, especialmente, dos juros de mora.

## 2 Isonomia com o processo civil

É salutar para o sistema a sintonia entre os índices de correção monetária e juros de mora no âmbito cível e trabalhista, pois confere estabilidade ao tema nesses dois importantíssimos ramos do direito, especialmente se considerarmos a expressiva demanda de processos dessa natureza e a pressão que exercem sobre os órgãos do Poder Judiciário e, por que não dizer, dos advogados que atuam nessa seara.

Por outro lado, é indiscutível a segurança jurídica que a decisão da Suprema Corte proporcionou aos jurisdicionados, pois a ninguém interessa a frequente alteração dos índices e da modulação de sua eficácia, sem esquecer os benefícios ao orçamento patronal, o qual poderá ser calculado com maior precisão, especialmente no que tange ao provisionamento.

## 3 Juros de mora

A CLT sempre previu a inclusão dos juros de mora na condenação. No entanto, em sua redação original, o art. 883 não fixava o *dies a quo* de sua incidência.

O Decreto-lei nº 8.737, de 19/01/1946, alterou diversos dispositivos da CLT, entre eles o art. 883, definindo que os juros de mora seriam contados “da data da notificação inicial”.

Mais tarde, o art. 833 foi novamente alterado pela Lei nº 2.244, de 23/06/1954, sendo definido que, ao valor da condenação, seriam acrescidos as custas e os juros de mora, sendo estes devidos “a partir da data em que for ajuizada a reclamação inicial”.

Na sequência, o art. 833 foi novamente alterado pela MP nº 905/2019, passando a prever que, ao valor da condenação, deveriam ser acrescidos as custas e os juros de mora equivalentes aos aplicados à caderneta de poupança, sendo estes, em qualquer caso, devidos somente a partir da data em que for ajuizada a reclamação inicial.

A MP nº 905/2019 foi revogada pela MP nº 955/2020 e ambas tiveram o prazo de vigência encerrado em agosto/2020, razão

pela qual o Congresso Nacional teria 60 dias para editar um decreto legislativo que disciplinasse as relações jurídicas delas decorrentes, o que não ocorreu, restaurando-se, portanto, a eficácia jurídica da redação do art. 883 da CLT dada pela Lei nº 2.244/1954, ou seja, excluindo-se a vinculação dos juros de mora aos praticados no âmbito da caderneta de poupança.

#### 4 SELIC

O Sistema Especial de Liquidação e de Custódia é uma infraestrutura do mercado financeiro administrada pelo BACEN, através do qual são transacionados títulos públicos federais. A taxa média ajustada dos financiamentos diários apurados nesse sistema corresponde à taxa SELIC, cuja sigla é o acrônimo do referido sistema.

A SELIC é a taxa básica de juros da economia, ou seja, é o principal instrumento de política monetária utilizado pelo BACEN para controlar a inflação, exercendo influência sobre todas as taxas de juros do país, a exemplo das taxas de juros de empréstimos, financiamentos e aplicações financeiras:

A taxa Selic refere-se à taxa de juros apurada nas operações de empréstimos de um dia entre as instituições financeiras que utilizam títulos públicos federais como garantia. O BC opera no mercado de títulos públicos para que a taxa Selic efetiva esteja em linha com a meta da Selic definida na reunião do Comitê de Política Monetária do BC (Copom).<sup>17</sup>

Ao se alterar a meta da taxa SELIC pelo BACEN, também é alterada a rentabilidade dos títulos indexados à mesma, e, conseqüentemente, o custo de captação dos bancos, por exemplo, uma redução da taxa SELIC diminui o custo de captação dos bancos, os quais tendem a emprestar a juros menores.

#### 5 Taxa Referencial

Por seu turno, a Taxa Referencial (TR) é uma taxa de juros de referência instituída pela Medida Provisória nº 294, de 31/01/

<sup>17</sup> Banco Central do Brasil. Fonte: <<https://www.bcb.gov.br/controleinflacao/taxaselic>>. Consulta efetuada: 21/02/2021.

1991, posteriormente, convertida na Lei nº 8.177, de 1º/03/1991, a qual dispõe:

Art. 1º O Banco Central do Brasil divulgará Taxa Referencial (TR), calculada a partir da remuneração mensal média líquida de impostos, dos depósitos a prazo fixo captados nos bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos múltiplos com carteira comercial ou de investimentos, caixas econômicas, ou dos títulos públicos federais, estaduais e municipais, de acordo com metodologia a ser aprovada pelo Conselho Monetário Nacional, no prazo de sessenta dias, e enviada ao conhecimento do Senado Federal.  
[...]

Art. 39. Os débitos trabalhistas de qualquer natureza, quando não satisfeitos pelo empregador nas épocas próprias assim definidas em lei, acordo ou convenção coletiva, sentença normativa ou cláusula contratual sofrerão juros de mora equivalentes à TRD acumulada no período compreendido entre a data de vencimento da obrigação e o seu efetivo pagamento.

§ 1º Aos débitos trabalhistas constantes de condenação pela Justiça do Trabalho ou decorrentes dos acordos feitos em reclamatória trabalhista, quando não cumpridos nas condições homologadas ou constantes do termo de conciliação, serão acrescidos, nos juros de mora previstos no *caput*, juros de um por cento ao mês, contados do ajuizamento da reclamatória e aplicados *pro rata die*, ainda que não explicitados na sentença ou no termo de conciliação.

A propósito, a TRD foi extinta pelo art. 2º da Lei nº 8.660, de 28/05/1993, sendo substituída pela Taxa Referencial, que é o índice aplicado à correção monetária dos depósitos de poupança (art. 7º).

O Conselho Monetário Nacional, através da Resolução BACEN nº 4.624, de 18/01/2018 (art. 1º), definiu que a Taxa Referencial será calculada a partir de taxas de juros negociadas no mercado secundário com Letras do Tesouro Nacional (LTN)<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Banco Central do Brasil. Fonte: <[https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50511/Res\\_4624\\_v1\\_O.pdf](https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50511/Res_4624_v1_O.pdf)>. Consulta efetuada: 21/02/2021.

Atualmente, segundo o art. 12 da Lei nº 8.177/1991, com a redação dada pela Lei nº 12.703, de 07/08/2012, a remuneração dos depósitos de poupança é composta de duas parcelas: a) remuneração básica, dada pela Taxa Referencial – TR; e b) remuneração adicional, correspondente a 0,5% ao mês, enquanto a meta da taxa SELIC ao ano for superior a 8,5% ou 70% da meta da taxa SELIC ao ano, mensalizada, vigente na data de início do período de rendimento, enquanto a meta da taxa SELIC ao ano for igual ou inferior a 8,5%.

Percebe-se que o § 7º, do art. 879, da CLT, introduzido pela Lei nº 13.467/2017, não afetou a discussão acerca da (in)constitucionalidade da TR, tanto que a Súmula nº 118 do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região foi editada no dia 28/07/2018, após o início da vigência da Reforma Trabalhista, e tem o seguinte teor:

118 - "ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI Nº 8.177/91 -ARTIGO 39, CAPUT - EXPRESSÃO 'EQUIVALENTES À TRD ACUMULADA' - ARTIGO 5º, INCISOS XXII e XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. É inconstitucional a expressão 'equivalentes à TRD acumulada', contida na cabeça do artigo 39 da Lei nº 8.177/91, por conflitar com o art. 5º, XXII e XXXVI, da CF/88, violando as garantias fundamentais de proteção integral do patrimônio e de inviolabilidade da coisa julgada, uma vez que o referido índice foi criado para remunerar o capital aplicado em investimentos financeiros, pelo que não serve à recomposição do valor da moeda depreciada pela inflação." (RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA Nº 12/2018, de 18 de julho de 2018 - Divulgada no D.E.J.T. - Caderno Judiciário de 19/07/2018, págs. 01-02; D.E.J.T. de 20/07/2018, pág. 01; D.E.J.T. de 23/07/2018, pág. 01)

## 6 ADC 58 – Condição futura e incerta

Verifica-se que o Supremo Tribunal Federal limitou a eficácia da decisão proferida na ADC 58 a uma condição futura e incerta, qual seja, a aplicação às condenações oriundas da Justiça do Trabalho dos índices de correção monetária e juros vigentes para as condenações cíveis em geral (IPCA-E na fase pré-judicial e SELIC após citação - CC, art. 406) deverá se dar "até que sobrevenha solução legislativa".

Em outras palavras, apesar da segurança jurídica e da eficácia da decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade pelo STF, tal decisão poderá, no futuro, ser alterada, caso esse seja o entendimento do Congresso Nacional ou mesmo do Poder Executivo, a exemplo das frequentes leis e medidas provisórias expedidas a respeito dessa matéria.

## 7 SELIC x Correção monetária

Pelo que já foi exposto acerca da SELIC e da Taxa Referencial, percebe-se que nenhum desses indexadores reflete, a rigor, a correção monetária, pois o conceito jurídico de taxa está vinculado ao Direito Tributário, sendo uma das modalidades de tributo<sup>19</sup>, enquanto o conceito econômico se traduz como um percentual do capital que gera juros em um tempo determinado<sup>20</sup>.

Contudo, é diverso o entendimento da Suprema Corte, conforme se verifica a partir da própria modulação da decisão proferida na ADC 58, onde restou decidido que “os processos em curso que estejam sobrestados na fase de conhecimento [...] devem ter aplicação, de forma retroativa, da taxa Selic (juros e correção monetária) [...]”.

Na mesma trilha, o Superior Tribunal de Justiça já definiu que a SELIC engloba a correção monetária, sendo, portanto, vedada a cumulação dos índices. Nesse sentido:

AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. JUROS DE MORA. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES. NÃO PROVIMENTO. 1. “A Corte Especial no julgamento de recurso especial repetitivo entendeu que por força do art. 406 do CC/02, a atualização dos débitos judiciais deve ser efetuada pela taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, a qual deve ser utilizada sem a cumulação

<sup>19</sup> Código Tributário Nacional. Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

<sup>20</sup> DICIONÁRIO MICHAELIS. Fonte: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/taxa>>. Consulta efetuada: 21/02/2021.

com correção monetária por já contemplar essa rubrica em sua formação" (AgInt no REsp 1794823/RN, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, DJe 28/5/2020).

2. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ - AgInt no REsp 1723791/MS - VIAÇÃO CAMPO GRANDE LTDA x LOURDES PAIXÃO DA SILVA - Rel<sup>o</sup>.: Min. Maria Isabel Gallotti - Órgão Julgador - 4<sup>a</sup> Turma - Julgamento: 08/02/2021 - Publicação - DJe 11/02/2021 - v.u.)

O Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>21</sup> sumulou o tema nos seguintes termos:

Súmula 27: É constitucional e legal a aplicação da taxa SELIC como índice de atualização monetária e juros de mora na inadimplência tributária.

Em resumo, pode-se dizer que a SELIC é um indexador híbrido por envolver tanto a correção monetária quanto os juros de mora, o que justifica sua aplicação isolada na fase processual.

## 8 SELIC x Juros de mora

Pelas mesmas razões, a SELIC tampouco pode ser confundida com os juros de mora, sendo inúmeras as decisões pretorianas nesse sentido, a exemplo da Súmula 523 do Superior Tribunal de Justiça<sup>22</sup>:

A taxa de juros de mora incidente na repetição de indébito de tributos estaduais deve corresponder à utilizada para cobrança do tributo pago em atraso, sendo legítima a incidência da taxa Selic, em ambas as hipóteses, quando prevista na legislação local, vedada sua cumulação com quaisquer outros índices.

<sup>21</sup> Tribunal de Justiça de São Paulo. Fonte: <<https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Biblioteca/Biblioteca/Legislacao/SumulasTJSP.pdf?d=1614512349540>>. Consulta efetuada: 28/02/2021.

<sup>22</sup> Superior Tribunal de Justiça. Fonte: <[https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/SumulasSTJ.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf)>. Consulta efetuada: 21/02/2021.

## 9 Da aplicação imediata do entendimento do STF

Tratando-se de tese obrigatória fixada pelo Tribunal Pleno do STF em sede de controle concentrado de constitucionalidade, o efeito vinculante da decisão deve ser aplicado de imediato<sup>23</sup>.

## 10 A decisão do STF beneficiou os patrões?

Em geral, a decisão do STF favoreceu os patrões. Entretanto, a análise deve ser feita com base no caso concreto. Nos processos mais antigos, em que a SELIC era mais alta, a perda para o empregado é menor se comparada à remuneração com base na TR + 1%, enquanto a perda é alta se o indexador for o IPCA + 1%. Nos processos recentes, cuja SELIC é baixa, as perdas serão expressivas, pois tal índice não garante sequer a reposição da inflação.

Neste ponto, destaca-se o entendimento do ilustre magistrado Dr. Felipe Bernardes<sup>24</sup>, Juiz do Trabalho integrante do TRT da 1ª. Região:

**Trata-se de uma das piores decisões da história da Suprema Corte brasileira, com um potencial devastador da efetividade – que já era baixa – do Direito do Trabalho. O efeito prático do julgado é estimular o descumprimento da legislação trabalhista, a inadimplência e a procrastinação do processo por empregadores.**

[...]

**Aqui já surge um grave problema, que gera um paradoxo: o ajuizamento da reclamação trabalhista gera uma piora da situação jurídica do credor. Na fase pré-judicial, o crédito ao menos é corrigido de acordo com a inflação, assegurando-se o respectivo poder de compra; após a judicialização, o credor trabalhista começa a experimentar decréscimo no valor real que tem a receber, pois a taxa**

<sup>23</sup> Supremo Tribunal Federal. Rcl 16031/SP. Rel.: Min. Luís Roberto Barroso. Data do julgamento: 21/08/2013. Data da publicação: DJE nº 167, divulgado em 26/08/2013.

<sup>24</sup> Fonte: <<http://trabalhoemdebate.com.br/artigo/detalhe/correcao-monetaria-e-juros-moratorios-na-justica-do-trabalho-apos-a-decisao-proferida-pelo-stf-em-18122020>>. Consulta efetuada: 28/02/2021.

**SELIC sequer é capaz de compensar a inflação.** (destacamos)

As entidades sindicais também não pouparam críticas à decisão da Suprema Corte, a exemplo da Central Única dos Trabalhadores<sup>25</sup>, que se manifestou nos seguintes termos:

Uma decisão tomada pela maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) beneficia o mau patrão, que não paga os direitos trabalhistas. No último dia do Plenário, no final de dezembro de 2020, ao julgar ações de diversas entidades que pediam a correção dos débitos trabalhistas pela Taxa Referencial (TR) a Corte decidiu contra a classe trabalhadora.

No mesmo sentido, a Federação dos Bancários no Estado do Paraná<sup>26</sup>. Sob o título “STF lança o mais generoso plano de financiamento do passivo trabalhista da história brasileira”, assim se manifestou a entidade:

Agora, o empresário vai poder reduzir sua dívida na Justiça do Trabalho e pagar ao seu empregado com juros camaradas de 2% ao ano. A procrastinação dos processos e o não pagamento de direitos trabalhistas se tornarão um grande negócio, já que a SELIC sequer acompanha a inflação.

É um verdadeiro escândalo que não pode ficar oculto da sociedade e dos próprios trabalhadores. É um verdadeiro confisco de direitos sancionado pelo STF em completo abuso de sua função de controle constitucional.

O Congresso Nacional tem a obrigação de corrigir este julgamento absurdo e editar uma lei regulamentando a correção e juros de mora na Justiça do Trabalho. Nenhuma sociedade pode se

<sup>25</sup> Central Única dos Trabalhadores. Fonte: <<https://www.cut.org.br/noticias/stf-beneficia-o-mau-patrao-em-decisao-sobre-correcao-dos-debitos-trabalhistas-1ee7>>. Consulta efetuada: 28/02/2021.

<sup>26</sup> Federação dos Bancários no Estado do Paraná. Fonte: <<https://www.feebpr.org.br/noticia/stf-lanca-o-mais-generoso-plano-de-financiamento-do-passivo-trabalhista-da-historia-brasileira>>. Consulta efetuada: 28/02/2021.

desenvolver à custa da miséria de seus trabalhadores.

Por fim, registra-se a flagrante indignação com a decisão do Supremo Tribunal Federal estampada no recentíssimo aresto a seguir:

A decisão de 18/12/2020, porém, diz que, **a partir da citação, deve haver a aplicação, apenas, da SELIC, abrangendo não só a atualização monetária, mas, também, os juros de mora. E, infelizmente, como a SELIC, atualmente, está fixada em 2,00%, desde 06/08/2020, constata-se ser patamar inferior à metade do IPCA-E de 2020 (4,52%). Noutras palavras: o crédito permaneceu corroído e não foi recomposto o valor da moeda nem o será, tão cedo, não tendo sido atingido o escopo definido pelo próprio E. STF.**

Ademais, o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, introduzido pela Lei 13.655/2018, estabelece que não se proferirá decisão sem que sejam consideradas as suas consequências práticas e, *in casu*, **não resta dúvida de que uma atualização tão inferior à inflação oficial desestimulará a conciliação por parte das reclamadas, incrementando a litigiosidade e estendendo a tramitação dos processos.** Valerá mais para o empregador utilizar em sua atividade comercial eventual quantia que teria disponível para um acordo (o que, quase certamente, ensejará rendimentos superiores a 2,00% ao ano), para pagar a execução apenas quando citado para fazê-lo, assim usando a mora processual como forma de obtenção de lucro. (destaques constantes do original)

(TRT15 – ROT 0012020-30.2017.5.15.0084 – SINDICATO DOS EMPREGADOS EM ESTABELECIMENTOS BANCÁRIOS DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS E REGIÃO x BANCO DO BRASIL S/A – 9ª Câmara – Quinta Turma – Rel.: Des. José Pedro de Camargo Rodrigues de Souza – data do julgamento: 23/02/2021 – data da publicação: 1º/03/2021 – v.u.)

## Conclusão

O simples fato de não haver qualquer variação percentual na TR desde setembro/2017, mantendo-se o índice em 0%, a desqualifica para servir de parâmetro para a indexação do que quer que seja, especialmente dos créditos oriundos das condenações judiciais trabalhistas.

Sendo assim, não se esperava outra posição pretoriana senão a rejeição da TR como fator de correção monetária dos créditos trabalhistas, pois, caso contrário, restaria violada a garantia fundamental da proteção integral do patrimônio, especialmente por se tratar de crédito alimentar (CF, art. 5º, XXII).

Além disso, não se pode perder de vista que, em sua gênese, a TR foi criada para remunerar o capital aplicado em investimentos financeiros e não para a recomposição do valor de compra da moeda depreciado pela inflação.

*O entendimento da jurisprudência prevaleceu mesmo após a tentativa de manutenção do status da TR como fator de correção monetária trabalhista quando da Reforma Trabalhista, tentativa que foi frustrada pelo STF e pelo TST e acompanhada pelos tribunais regionais.*

Portanto, andou bem o Supremo Tribunal Federal ao afastar, definitivamente, a TR como indexador de correção monetária dos créditos decorrentes das condenações judiciais trabalhistas, inserindo um sistema híbrido que combina um legítimo índice de correção monetária (IPCA-A) com a SELIC, que representa a taxa básica de juros da economia, o primeiro destinado à chamada fase pré-judicial, ou seja, anterior ao aforamento da demanda trabalhista, e a segunda direcionada à fase judicial, sendo aplicada a partir da citação do devedor, reunindo, em um só indexador, os juros e a correção monetária.

Com tal avaliação, a Suprema Corte pacificou um tema que tanto ocupou a pauta dos tribunais e trouxe insegurança jurídica às partes.

Apesar de a decisão ter sido festejada no âmbito patronal, só o futuro dirá se haverá motivo para se comemorar, pois a taxa SELIC é flutuante e se, hoje, se encontra no patamar de 5,25% a.a. (ago/2021), já chegou a atingir 45% a.a. em março/1999<sup>27</sup>,

<sup>27</sup> Banco Central do Brasil. Fonte: <<https://www.bcb.gov.br/controleinflacao/historicotaxasjuros>>. Consulta efetuada: 18/09/2021.

<sup>28</sup> Associação dos Advogados de São Paulo. Fonte: <<https://www.aasp.org.br/suporte-profissional/tr/>>. Consulta efetuada: 22/02/2021.

enquanto a Taxa Referencial se limitou a 1,1614% no mesmo período.<sup>28</sup>

O que parece provável, no momento, é que a decisão da Suprema Corte reduzirá a disposição dos patrões para a busca da composição amigável das demandas, trabalho tão bem realizado através do CEJUSC (Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania).

E o pior, caso haja boa vontade patronal para a formalização do acordo, os valores a serem oferecidos serão muito inferiores, pois, doravante, o fator “tempo” estará muito mais ao lado do patrão que do empregado.

Outro efeito que a decisão do STF causará é uma maior pressão sobre o Congresso Nacional por parte das entidades sindicais, considerando que, repita-se, a decisão não é definitiva, uma vez que está sujeita à condição, futura e incerta, da manifestação do parlamento quanto à edição de uma nova lei que corrija a distorção provocada em detrimento dos trabalhadores.

## Referências

ASSOCIAÇÃO DOS ADVOGADOS DE SÃO PAULO. **TR – Mensal**. Disponível em: <<https://www.aasp.org.br/suporte-profissional/tr/>>. Acesso em: 28 de fev. de 2021.

BERNARDES, Felipe. **Correção monetária e juros moratórios na Justiça do Trabalho após a decisão proferida pelo STF em 18/12/2020**. Disponível em: <<http://trabalhoemdebate.com.br/artigo/detalhe/correcao-monetaria-e-juros-moratorios-na-justica-do-trabalho-apos-a-decisao-proferida-pelo-stf-em-18122020>>. Acesso em: 28 de fev. de 2021.

BEZERRA LEITE, Carlos Henrique. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021

BRASIL. Agência Senado. **Medida Provisória nº 905, de 2019** (Programa Verde e Amarelo). Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/139757>>. Acesso em: 20 de fev. de 2021.

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Taxa Selic**. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/controleinflacao/taxaselic>>. Acesso em: 21 de fev. de 2021.

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Resolução nº. 4.624**. Disponível em: <[https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50511/Res\\_4624\\_v1\\_O.pdf](https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50511/Res_4624_v1_O.pdf)>. Acesso em: 21 de fev. de 2021.

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Taxas de juros básicas – Histórico.** Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/controleinflacao/historicotaxasjuros>>. Acesso em: 28 de fev. de 2021.

BRASIL. Código Tributário Nacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm)>. Acesso em: 28 de fev. de 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. **Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº. 127, de 2020.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Congresso/adc-127-mpv905.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Congresso/adc-127-mpv905.htm)>. Acesso em: 21 de fev. de 2021.

BRASIL. Congresso Nacional. **Ato Declaratório do Presidente da Mesa do Congresso Nacional nº. 113, de 2020.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Congresso/adc-113-mpv955.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Congresso/adc-113-mpv955.htm)>. Acesso em: 21 de fev. de 2021.

BRASIL. Conselho Superior da Justiça do Trabalho. **CSJT disponibiliza tabela de atualização monetária de débitos trabalhistas.** Disponível em: <[http://www.csjt.jus.br/web/csjt/noticias-novas-e-antigas/-/asset\\_publisher/gw4H/content/csjt-disponibiliza-tabela-de-atualizacao-monetaria-de-debitos-trabalhistas](http://www.csjt.jus.br/web/csjt/noticias-novas-e-antigas/-/asset_publisher/gw4H/content/csjt-disponibiliza-tabela-de-atualizacao-monetaria-de-debitos-trabalhistas)>. Acesso em: 22 de fev. de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Súmula nº. 27.** Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Biblioteca/Biblioteca/Legislacao/SumulasTJSP.pdf?d=1614512349540>>. Acesso em: 28 de fev. de 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº. 211.** Disponível em: <[https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_201\\_250.html#SUM-211](https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-211)>. Acesso em: 28 de fev. de 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº. 381.** Disponível em: <[https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_351\\_400.html#SUM-381](https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-381)>. Acesso em: 28 de fev. de 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **OJ 300 da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais.** Disponível em: <[https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ\\_SDI\\_1/n\\_s1\\_281.htm#TEMA300](https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/OJ_SDI_1/n_s1_281.htm#TEMA300)>. Acesso em: 28 de fev. de 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **STF define que IPCA-e e Selic devem ser aplicados para correção monetária de débitos trabalhistas.** Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/web/guest/-/stf-define-que-ipca-e-e-selic-devem-ser-aplicados-para-corre%C3%A7%C3%A3o-monet%C3%A1ria-de-d%C3%A9bitos-trabalhistas>>. Acesso em: 21 de fev. de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF define que IPCA-e e Selic devem ser aplicados**

**para correção monetária de débitos trabalhistas.** Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=457520&ori=1>>. Acesso em: 20 de fev. de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº. 523.** Disponível em: <[https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/SumulasSTJ.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf)>. Acesso em: 28 de fev. de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 58.** Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5526245>>. Acesso em: 21 de fev. de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 16.031/SP.** Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=164865341&ext=.pdf>>. Acesso em: 28 de fev. de 2021.

CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES. **STF beneficia o mau patrão em decisão sobre correção dos débitos trabalhistas.** Disponível em: <<https://www.cut.org.br/noticias/stf-beneficia-o-mau-patrao-em-decisao-sobre-correcao-dos-debitos-trabalhistas-1ee7>>. Acesso em: 28 de fev. de 2021.

CISNEIROS, Gustavo. **Direito do trabalho sintetizado.** 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2018.

DICIONÁRIO MICHAELIS. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/taxa>>. Acesso em: 21 de fev. de 2021.

FEDERAÇÃO DOS BANCÁRIOS NO ESTADO DO PARANÁ. **STF lança o mais generoso plano de financiamento do passivo trabalhista da história brasileira.** Disponível em: <<https://www.feebpr.org.br/noticia/stf-lanca-o-mais-generoso-plano-de-financiamento-do-passivo-trabalhista-da-historia-brasileira>>. Acesso em: 28 de fev. de 2021.

JORGE NETO, Francisco Ferreira. **Manual de direito do trabalho** / Francisco Ferreira Jorge Neto, Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do trabalho.** 16. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

# Impedimentos ao exercício profissional da advocacia: extensão e aplicabilidade

**Alaim Giovani Fortes Stefanello**

*Doutor em Direito Econômico e Socioambiental  
pela PUCPR  
Mestre em Direito Ambiental pela UEA/AM.*

**João Marcelo Santos Loyola de Araújo**

*Graduado em Direito pelo Centro Universitário  
Curitiba – Unicuritiba  
Advogado*

## RESUMO

O presente artigo se propõe a expor o tema específico das hipóteses de impedimento parcial ao exercício da advocacia, à luz do Estatuto da Advocacia e da OAB e de outras legislações esparsas.

Palavras-chave: Inscrição. Ordem dos Advogados do Brasil. Impedimento parcial. Exercício da advocacia.

## ABSTRACT

This article proposes to expose the specific theme of the hypotheses of partial restriction to the practice of law, in light of the Statute of Advocacy and others sparse legislations.

Keywords: Registration. Brazilian Bar Association. Partial restriction. Practice of law.

## Introdução

O advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, ao longo de sua trajetória profissional, está sujeito a experimentar situações que ensejam a necessidade de anotar em seus assentamentos restrições ao exercício da advocacia, em função de vínculo funcional mantido com a administração pública em geral.

O Estatuto da Advocacia e da OAB, instituído pela Lei 8.906/1994<sup>1</sup>, previu em capítulo próprio o sistema de incompatibilidades e impedimentos.

Rotineiramente, aportam comunicações nas secretarias administrativas dos Conselhos Seccionais da OAB, procedidas pelos advogados interessados ou por terceiros, acerca da assunção de inscritos em cargos ou funções no serviço público. Ao se desincumbir de seu mister, deve o órgão de classe, por meio das Comissões de Seleção, realizar a análise no sentido de identificar se o caso concreto enquadra-se na hipótese de incompatibilidade ou de impedimento e promover, ato contínuo, a anotação devida nos respectivos prontuários.

Para explorar o tema, segmentou-se o presente artigo em três partes.

O primeiro segmento trata da elementar diferença entre o instituto do impedimento e da incompatibilidade, haja vista o habitual emprego equivocado dos termos.

A segunda parte adentra na análise das três hipóteses de impedimento previstas no Estatuto da Advocacia e da OAB, com a especificação sobre a aplicabilidade de cada uma delas no contexto da atuação profissional dos inscritos. Tece, também, comentários sobre outras situações que ensejam a averbação de impedimento, mas derivadas de legislações esparsas, que não a norma estatutária.

O terceiro e último segmento do trabalho discorre, ainda que sucintamente, sobre as implicações administrativas decorrentes do exercício da advocacia fora dos limites impostos pelas regras de impedimento.

## **1 Diferença entre incompatibilidade e impedimento com posterior análise individualizada das hipóteses de impedimento.**

O capítulo VII do Estatuto da Advocacia e da OAB, também indicado neste artigo como EAOAB, estabelece, no artigo 27, a diferença entre os dois institutos. Disciplina a norma estatutária que a incompatibilidade determina a proibição total, enquanto o impedimento, a proibição parcial do exercício da advocacia.

<sup>1</sup> Brasil. Presidência da República. Brasília: Governo Federal, 2021. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm)>. Acesso em: 19/08/2021.

As hipóteses de incompatibilidade, as quais vedam até mesmo a atuação em causa própria, estão elencadas no rol taxativo do artigo 28 da Lei, e as hipóteses de impedimento estão indicadas nos artigos 29 e 30 do referido diploma legal.

A distinção entre os institutos jurídicos é relevante, porque repercute não apenas na análise do pedido de inscrição, mas também em sua manutenção.

O registro profissional não pode ser concedido ao bacharel em Direito que ocupa cargo público incompatível, seja de provimento efetivo ou em comissão, vez que é requisito para sua obtenção não estar no exercício de atividade incompatível com a advocacia, conforme disposição do artigo 8º, inciso V, do EAOAB.

De outra sorte, o bacharel em Direito, ocupante de cargo público não incompatível, terá sua inscrição deferida com a anotação do impedimento aplicável ao caso.

O inscrito que passa a exercer atividade incompatível com a advocacia, isto é, quando se trata de incompatibilidade superveniente, estará sujeito a duas possibilidades: se o cargo for de provimento efetivo, portanto decorrente de aprovação em concurso público, a inscrição deverá ser cancelada, com fulcro no artigo 11, inciso IV, do Estatuto. Se comissionado o cargo ou se se tratar de contratação temporária, a medida administrativa que se impõe é o licenciamento do exercício profissional, com amparo no artigo 12, inciso II, da norma estatutária, pelo prazo que durar a investidura ou contratação.

Se o cargo público que o inscrito passou a ocupar não estiver inserido no rol das incompatibilidades, deverá ter averbado em seu prontuário o impedimento pertinente.

Daí a importância da distinção entre impedimento e incompatibilidade. Os institutos jurídicos não podem ser confundidos, sob pena de se adotar medida administrativa equivocada e, com isso, prejudicar não apenas o profissional, mas também terceiros.

Sobre o tema específico do licenciamento, remetemos os leitores ao artigo de nossa autoria, intitulado *“Aspectos sobre o licenciamento do exercício profissional da advocacia”*, publicado na edição de agosto de 2021 da Revista Jurídica da Escola Superior da Advocacia da OAB/PR.<sup>2</sup>

A primeira hipótese de impedimento consta do artigo 29 do Estatuto e dispõe sobre a situação jurídica dos Procuradores-Ge-

<sup>2</sup> OAB/PR. Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná. Disponível em: <<http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/>>. Acesso em: 19/08/2021.

rais, Advogados-Gerais, Defensores-Gerais e dirigentes de órgãos jurídicos da administração pública direta, indireta e fundacional. A eles, o legislador determinou expressamente a vedação de exercer a advocacia privada durante o período de investidura nos referidos cargos, de modo que são exclusivamente legitimados para o exercício da advocacia vinculada à função que exerçam.

Em relação aos diretores, superintendentes ou chefes de órgãos jurídicos de autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista federais, estaduais ou municipais, ensina Paulo Lôbo (2017, p. 203), conforme literalidade do texto legal, que a regra de impedimento aplica-se apenas ao dirigente máximo do órgão jurídico e seu substituto imediato, de sorte que devem ser excluídas as chefias subalternas, de caráter local ou regional, cujos titulares estão impedidos de advogar apenas em face da Fazenda Pública a que se vincula o ente empregador.

Acerca de quem exerce o cargo máximo apenas temporariamente como adjunto, respondeu o Conselho Federal consulta sobre o tema:

Adjunto de Procurador-Geral, Defensor Público-Geral ou de Advogado-Geral. Impedimento do artigo 29 do Estatuto da Advocacia e da OAB. I – Exercendo a competência do titular da entidade, tem o substituto imediato idêntico poder de influenciar a clientela, fundamento maior para a instituição do sistema de impedimentos na legislação de regência.<sup>3</sup>

Para Gisela Gondin Ramos (2017, p. 460), a decretação de anotação do impedimento do artigo 29 do Estatuto independe do porte do ente político e se há, ou não, Procuradoria Jurídica formalmente institucionalizada, caso que costuma ocorrer em pequenos municípios, por exemplo. Indaga a doutrinadora: “Quando numa determinada pessoa jurídica exista o cargo de assessor ou procurador jurídico, sendo ele exercido por um único advogado, estaria ele enquadrado na regra do art. 29, ou seja, legitimado para o exercício da advocacia exclusivamente no interesse desta mesma entidade?”. À pergunta, ela mesma responde:

<sup>3</sup> Conselho Federal da OAB. Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/jurisprudencia/detementa/12453?title=49-0000-2013-006639-0&search=%22ARTIGO%2029%22>>. Acesso em: 19/03/2021.

Neste aspecto, de imediato, há que se considerar que a restrição assenta-se na atividade (cargo ou função) exercida, e no poder decisório de seu titular. Analisando-se por esse prisma, nenhuma diferença faz se a entidade possua departamento jurídico organizado ou não. De outro lado, há que se levar em conta também a possibilidade de captação de clientela e/ou tráfico de influências, o que igualmente não guarda relação com o número de profissionais atuantes numa unidade jurídica.

E prossegue:

(...) Não importa que haja apenas um único profissional prestando a assessoria ou exercendo a procuradoria jurídica, sem outros que lhe sejam administrativamente subordinados. Basta que se verifique, portanto, se este profissional, em razão do cargo ou função, detenha poder decisório relevante que lhe possibilite a captação de clientela, ou tráfico de influência, ou ainda que implique na redução da independência profissional, ou caracterize concorrência desleal. Presentes quaisquer destas situações, em conjunto ou isoladamente, não há dúvidas que se encontra abrangido pela disposição do art. 29, restringindo-se o seu exercício profissional apenas à advocacia vinculada à função ou cargo que exerce.

A despeito do respeitável posicionamento da doutrinadora, é possível entender de forma diversa. Cediço que muitos municípios brasileiros ainda não institucionalizaram suas Procuradorias Jurídicas, sem que isso impeça que, ainda assim, prossigam com a realização de concursos públicos para provimento de cargos de Procurador Jurídico, ou nomeiem servidores comissionados para exercer atividades de representação judicial do ente político. Nas localidades em que não há Procuradoria Jurídica formalmente instituída e nas quais há um único advogado com poderes para representar judicialmente o ente, pode-se também adogar a tese de não ser o caso de, de forma automática, decretar a aplicação da regra do artigo 29 do EAOAB. Admissível a compreensão de que a imposição dessa restrição mais gravosa demande a existência de ato administrativo formal que nomeie o

profissional para o cargo de Procurador Geral, sob pena de indevidamente, pela via transversa, transformá-lo em titular de cargo para o qual não foi nomeado, bem como pelo qual não é remunerado.

Como exemplo, cita-se a situação de advogado que presta concurso público para o cargo de Procurador Jurídico de determinado município. Preenchidos os requisitos constantes do edital do certame, é empossado no cargo e, ato contínuo, comunica o fato à OAB, a fim de que seja promovida a anotação do impedimento do artigo 30, inciso I, do EAOAB, em seus assentamentos profissionais. O órgão de classe, ao receber o requerimento administrativo, consulta a estrutura organizacional do município e constata a inexistência de Procuradoria Jurídica e que o advogado solicitante é o único Procurador nomeado para aquele cargo. Questiona-se: deverá a OAB atribuir-lhe a restrição mais ampla, prevista no artigo 29 do EAOAB, em razão da inércia da administração pública em criar e regulamentar o funcionamento de seu próprio órgão de representação judicial?

No aludido exemplo, tem-se que o advogado submeteu-se e foi aprovado em concurso público para cargo específico, de Procurador Jurídico, e não de Procurador-Geral, mesmo porque não há concurso para cargos de confiança. Soubesse esse advogado que, uma vez aprovado e investido no cargo, o órgão de classe a que pertence o proibiria de continuar exercendo a advocacia privada, talvez optasse por não realizar esse específico certame e buscaria outro município, que já mantivesse em sua estrutura administrativa o órgão Procuradoria Jurídica, com cargos e funções definidos, de modo que não houvesse espaço para discussão relativa ao impedimento a ser anotado em sua ficha cadastral. Raciocínio diverso poderia implicar em decisão surpresa pela Entidade, vez que, a rigor, o Estatuto destina a aplicação da regra mais restritiva apenas àquele que possui nomeação para o cargo de Procurador-Geral.

O Órgão Especial do Conselho Federal da OAB deu provimento ao recurso interposto por advogado contra decisão emanada do Conselho Seccional do Paraná, para o fim de retirar o impedimento do artigo 29 do Estatuto de seu prontuário. A Ementa nº 021/2020/OEP dispôs:

Titular de cargo efetivo de Procurador Municipal, único do quadro. Cargo de Procurador-Geral do Município vago. Impossibilidade de presunção de que a função de Procurador-Geral é

exercida pelo Procurador efetivo. Liberdade de exercício profissional. Interpretação restritiva das hipóteses de restrição. Restrição do art. 29, do EAOAB afastada. Assentado o impedimento do inciso I, do art. 30, do EAOAB. Recurso a que se dá provimento.<sup>4</sup>

Também se destaca o precedente formado no julgamento do recurso nº 49.0000.2018.007067-0/PCA, consubstanciado na Ementa nº 025/2019/PCA:

Consultora Jurídica do Município de Irani. Cargo que não se confunde com o de Procurador-Geral do Município. Ausência de prova de que o cargo ocupado pela recorrente seria o único posto responsável pela defesa dos interesses jurídicos da urbe. Impedimento que subsiste, com a mudança de enquadramento. Não se deve aplicar, no caso, o impedimento a que alude o art. 29 do EAOAB, devendo ser aplicada a regra impeditiva insculpida no art. 30, I, do mesmo Diploma Legal. Provimento do recurso.<sup>5</sup>

Não se desconhece a legítima preocupação externada na doutrina de Gisela Gondin Ramos quando pondera sobre a possibilidade de o advogado – que é o único representante judicial do município, mas que não tenha registrado o impedimento do artigo 29 do EAOAB – utilizar-se indevidamente do cargo para, eventualmente, captar clientela, traficar influência ou praticar concorrência desleal em detrimento dos demais colegas.

Mesmo assim, malgrado a possibilidade de ocorrência de episódios dessa natureza, concebemos que esses devem ser tratados no âmbito disciplinar. Isso porque dispõe a OAB de estrutura eficiente de controle, que tem por finalidade fiscalizar e sancionar profissionais que adotam comportamentos antiéticos, não sendo, em nossa ótica, aconselhável impor indiscriminadamente a averbação de maior restrição a pretexto de coibir tais práticas, sob pena de inviabilizar a advocacia privada àqueles

<sup>4</sup> Conselho Federal da OAB. Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/util/print/17224?print=Ementarios>>. Acesso em: 19/03/2021.

<sup>5</sup> Conselho Federal da OAB. Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/util/print/16279?print=Ementarios>>. Acesso em: 19/03/2021.

que efetivamente não exercem funções típicas de Procurador-Geral.

Ademais, eventuais irregularidades nas nomeações para cargos públicos, quando verificadas, são passíveis de fiscalização pelo Tribunal de Contas e Ministério Público, órgãos que detêm mecanismos que possibilitam a adoção de medidas administrativas e judiciais em face dos gestores públicos, e dos advogados, quando, comprovadamente, concorreram para a elaboração de atos administrativos visando a fraudar a legislação.

A segunda hipótese de impedimento parcial ao exercício da advocacia, essa de caráter geral, é endereçada aos servidores da administração direta, indireta e fundacional. Ao advogado que também é titular de cargo público, de provimento efetivo ou em comissão, mas que não se enquadra nas hipóteses de incompatibilidade descritas no artigo 28 do Estatuto, aplica-se a regra geral do artigo 30, inciso I, que consiste na proibição de advogar contra a Fazenda Pública que o remunera.

Marilena Indira Winter comenta:

Genericamente, a lei impõe uma proibição aos advogados vinculados à administração pública em decorrência da necessidade de se preservar os interesses da entidade que remunera o advogado, com base no princípio da confiança. Dizendo de outro modo, a confiança é um princípio elementar na relação advogado-representado, ou advogado-cliente e, nesse caso, o representado é a administração pública.

E segue com o seu ensinamento:

(...) Os advogados vinculados a quaisquer pessoas jurídicas com personalidade de direito público pertencentes à administração direta ou indireta, independentemente da natureza do vínculo (estatutário ou de emprego, estável ou em estágio probatório, comissionado ou efetivo), em qualquer cargo ou função, são impedidos de patrocinar causas contra os órgãos ou entidades aos quais estejam vinculados. Tal impedimento permanece mesmo durante período de licenciamento.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB: prerrogativas, seleção e disciplina. / Giovani Cássio Piovezan (org.). – Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná, 2019. p. 244/246.

Estão, porém, isentos da regra proibitiva os docentes dos cursos jurídicos, de acordo com o preceituado no parágrafo único do indicado dispositivo legal.

Gisela Gondim Ramos (2017, p. 470) cita Ruy Sodré, para quem os professores dos cursos de Direito não haveriam de se enquadrar na norma restritiva, “dado serem eles tidos e havidos como funcionários técnico-científicos”, e que, “além de suas funções serem tipicamente técnico-científicas, tanto eles não se subordinam a uma hierarquia administrativa – o que poderia fundamentar a incompatibilidade – que, por força de preceito constitucional, gozam de autonomia didática e conseqüente liberdade de cátedra”.

Recorre ainda   lição de Paulo Lôbo, que reputou justificada a exclusão dos docentes da regra de impedimento em razão de que “  importante para a forma o dos futuros advogados, o magistério de profissionais qualificados que doutra forma estariam impedidos de advogar, inclusive totalmente, se sua especialidade fosse o direito público”.

Com rela o a essa específica hipótese de impedimento, emergiram ao longo dos últimos anos alguns debates pontuais, entre outros temas correlatos, sobre (1) o alcance da restri o; (2) a aplicabilidade no que concerne (2.1)  s sociedades de advogados; (2.2) aos servidores públicos aposentados; (2.3) aos empregados de Conselhos de Fiscaliza o Profissional; (2.4) aos auxiliares da Justiça ocupantes dos cargos de Juiz Leigo, Conciliador e Mediador junto ao Sistema dos Juizados Especiais; e (2.5) aos ocupantes de fun o de dire o e gerência em institui o financeiras públicas.

Quanto ao item 1 – o alcance da restri o –, o  rg o Especial do Conselho Pleno do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil respondeu   consulta n  49.0000.2020.006199-77, por meio da qual se indagava da possibilidade de contrata o de servidor público federal, ocupante de cargo em autarquia federal, para exercer a advocacia em procedimentos ou processos que tramitam em outros órgãos ou entes da administra o pública federal. Deliberou a instância máxima da advocacia pela ved o da atua o de profissional na situa o descrita.

Respondeu também   consulta n  49.0000.2014.014332-3<sup>8</sup>, nos seguintes termos: “(...) Limita o ao exercício da advocacia

<sup>7</sup> Conselho Federal da OAB. Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/jurisprudencia/detementa/17612?title=49-0000-2020-006199-7&search=6199-7s>>. Acesso em: 19/03/2021.

<sup>8</sup> Conselho Federal da OAB. Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/jurisprudencia/detementa/15837?title=49-0000-2014-014332-3&search=014332-3>>. Acesso em: 19/03/2021.

que se impõe não apenas em relação à empresa empregadora, mas também em relação à Fazenda Pública a qual esteja vinculada, aí consideradas todas as entidades da administração direta, indireta e fundacional do respectivo ente federativo, não importando se a prática da advocacia se dá em jurisdição voluntária ou contenciosa”.

Em outra consulta<sup>9</sup>, formulada por advogado inscrito no estado do Paraná, indagou-se ao Conselho Federal da OAB sobre a possibilidade de atuação em causa própria, na condição de advogado, em processo administrativo disciplinar que tramitava perante a Universidade Tecnológica Federal do Paraná. Respondeu o Órgão Especial não ser autorizada a atuação na situação declinada.

Sobre o alcance do impedimento do artigo 30, inciso I, do EAOAB, orienta Paulo Lôbo (2017, p. 200):

O advogado que mantenha vínculo funcional com qualquer entidade da administração pública direta ou indireta fica impedido de advogar *contra* não apenas o órgão ou entidade, mas contra a respectiva Fazenda Pública, porque esta é comum. Por Fazenda Pública entende-se ou a União, ou o Estado-membro ou o Município, incluídas as respectivas entidades da administração direta e indireta, empresas públicas e sociedades de economia mista. Se, por exemplo, o advogado for empregado de uma fundação pública de determinado Estado-membro, o impedimento alcançará todas as entidades da administração direta ou indireta dessa unidade federativa. Do mesmo modo, se for advogado ou procurador do Município não poderá advogar contra qualquer entidade pública ou privada vinculada a esse ente político.

Em relação ao item 2.1 – aplicabilidade às sociedades de advogados – já se posicionou a Primeira Câmara do Conselho Federal da OAB, ao julgar o recurso nº 2009.08.05948-05<sup>10</sup>, no sentido

<sup>9</sup> Conselho Federal da OAB. Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/jurisprudencia/detementa/15412?title=49-0000-2016-008087-5&search=UTFPR>>. Acesso em: 19/03/2021.

<sup>10</sup> Conselho Federal da OAB. Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/util/print/7321?print=Ementarios>>. Acesso em: 19/03/2021.

de que a restrição do impedimento do artigo 30, inciso I, do EAOAB não deve ultrapassar a pessoa do advogado impedido, de modo que a restrição não incide sobre os demais sócios.

Não obstante o Órgão Federal da Advocacia já ter respondido consulta sobre o tema, recentemente a Câmara da Seleção da OAB-PR, amparada em precedentes da instância superior, conheceu de consulta similar<sup>11</sup> e assim a respondeu:

a) Sendo as causas de impedimento previstas no artigo 29 e artigo 30, inciso I, da Lei 8.906/1994 – Estatuto da OAB – de natureza personalíssima, estas não se estendem aos demais sócios de Escritório ou parentes do Procurador Geral do Município;

b) Sendo ajuizada demanda por sócio de advogado impedido, o nome do advogado impedido não pode constar da procuração e nos impressos que envolvam a causa, bem como deve constar expressamente no contrato de prestação de serviços advocatícios firmado com a parte a proibição do advogado impedido de participar do rateio dos honorários advindos das causas em que a Fazenda Pública pagadora a que está vinculado faça parte (podendo tal disposição estar prevista também no contrato social da sociedade de advogados), além de não poder o advogado impedido atuar na causa representando o ente público (artigo 5º, § 6º, do EOAB);

c) Sendo ajuizada demanda por advogado com grau de parentesco com o advogado impedido, não tendo eles qualquer vínculo societário entre si, não há impedimento legal para que o Procurador do Município possa atuar na causa representando o ente público, sem prejuízo do mesmo poder dar-se por suspeito por motivo de foro íntimo, caso entenda que tal relação de parentesco possa prejudicar a independência de sua atuação, ou mesmo possa colocar em dúvida sua lisura profissional;

d) O fato de não ser possível estender as hipóteses de impedimento ao exercício da advocacia a

<sup>11</sup> OAB/PR. Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná. Disponível em: <<https://www.oabpr.org.br/impedimento-previsto-aos-servidores-da-administracao-direta-nao-se-estende-aos-demais-socios-de-escritorio/>>. Acesso em: 19/08/2021.

terceiros, não significa dizer que os envolvidos possam desrespeitar os preceitos legais e éticos de seu exercício profissional, sob pena de se sujeitarem às penalidades decorrentes de sua eventual infração.

Relativamente ao item 2.2 – a aplicabilidade aos servidores públicos aposentados –, a doutrina especializada também já tratou do assunto. Neste sentido, Paulo Lôbo (2017. p. 201) discorre sobre sua polêmica compreensão de que a restrição deve ser igualmente aplicada aos servidores públicos aposentados, o que não é a interpretação adotada pelo Conselho Federal da OAB. Assim se manifesta o doutrinador:

A lei refere-se a “servidores” e Fazenda Pública que os remunerere. Em virtude da fundamentação ética essencial ao sistema de incompatibilidades e impedimentos, essas expressões devem ser entendidas como abrangentes dos servidores aposentados, pois estes não se desvinculam inteiramente da Administração Pública, que permanece remunerando seus proventos. Esses servidores, ao se aposentarem, levam consigo *inside information*, que os demais advogados não detêm, voltando-se contra a Fazenda Pública a que serviram, explorando suas fragilidades e acesso a dados e informações cuja reserva, no interesse público, devem manter. Essa peculiar situação dos servidores aposentados foi salientada pelo STF na ADIn 1.441/DF, cujo relator Min. Octavio Galloti concluiu: “Ao contrário dos trabalhadores na iniciativa privada, que nenhum liame conservam com os seus empregados após a rescisão do contrato de trabalho pela aposentadoria, preservam os servidores aposentados um remarcado vínculo de índole financeira com a pessoa jurídica de direito público para a qual hajam trabalhado”.

Coaduna desse posicionamento divergente do Órgão de Classe a advogada Gisela Gondin Ramos (2017. p. 469), para quem:

A *ratio legis* da norma insculpida no inc. I do art. 30 se assenta em dois pontos básicos: primeiro, o recebimento de proventos pelos cofres

públicos; segundo, evitar a possibilidade de tráfico de influências e captação irregular de clientela, sem falar na concorrência desleal, e na redução da independência profissional. Todos princípios destinados a resguardar a dignidade da profissão.

Ora, o enquadramento no art. 28 não é possível, uma vez que a incompatibilidade, efetivamente, não mais existe, em decorrência da inatividade, conforme orientação legal vigente, de forma que a inscrição na OAB há que ser deferida. Entretanto, permitir a atuação do advogado nesta circunstância, contra a entidade da qual percebe vencimentos regulares, é atentar contra os princípios básicos que sempre sustentaram as prerrogativas profissionais da advocacia, e pelas quais ilustres e saudosos colegas, que a nossa história registra, sempre lutaram com afinco, e mediante sacrifícios impossíveis de serem aqui enumerados.

Não é essa, como dito, a concepção do Conselho Federal, que deu provimento ao recurso nº 2009.08.04640-05<sup>12</sup>, para afastar a incidência da regra impeditiva, pois já aposentado o recorrente.

Também não se aplica a restrição ao advogado que presta serviço à administração pública mediante contratação por meio de processo licitatório, vez que, com ela, não mantém qualquer espécie de vínculo funcional.

No tocante ao item 2.3 – a aplicabilidade aos empregados dos Conselhos Profissionais –, o entendimento prevalente no âmbito do Conselho Seccional do Paraná é de que estão sujeitos à regra do impedimento do artigo 30, inciso I, do EAOAB, dada a natureza autárquica desses órgãos, portanto integrantes da administração pública indireta.

Sobre o item n. 2.4 – a aplicabilidade aos auxiliares da Justiça ocupantes dos cargos de Juiz Leigo, Conciliador e Mediador junto ao Sistema dos Juizados Especiais, decidiu a Câmara de Seleção da OAB/PR por uniformizar jurisprudência e consolidar em Súmula o seguinte Enunciado:

<sup>12</sup> Conselho Federal da OAB. Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/jurisprudencia/detementa/6997?title=2009-08-04640-05&search=04640-05>>. Acesso em: 19/03/2021.

IMPEDIMENTOS DE JUÍZES LEIGOS, CONCILIADORES E MEDIADORES. I. Os Juízes Leigos dos Juizados Especiais ficam impedidos de exercer a advocacia em todas as unidades dos Juizados Especiais da respectiva Comarca onde atuam, na forma do art. 7º, parágrafo único da Lei 9.099/1995 e art. 6º da Resolução n. 174/2013 do Conselho Nacional de Justiça, assim como contra a Fazenda Pública a qual estão vinculados, por força do art. 30, inciso I, da Lei 8.906/1994. Aos Juízes Leigos dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, aplica-se, além disso, o impedimento de atuar perante os Juizados Especiais da Fazenda Pública de todo o território nacional, consoante texto do art. 15, § 2º, da Lei n. 12.153/2009. III. Os Conciliadores e Mediadores Judiciais ficam impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenham suas funções, nos termos do artigo 167, § 5º do Código de Processo Civil, e contra a Fazenda Pública a qual estão vinculados, por força do artigo 30, inciso I, da Lei 8.906/1994.<sup>13</sup>

Por derradeiro, com referência ao item 2.5 – a aplicabilidade aos ocupantes de funções de direção e gerência em instituições financeiras públicas –, embora seja recorrente a argumentação desses profissionais de que estão submetidos unicamente à regra de impedimento do artigo 30, inciso I, do EAOAB, o que não procede, a Câmara de Seleção da OAB/PR decidiu, em sessões realizadas em 23/07/2020 e 11/09/2020, uniformizar jurisprudência e consolidar em Súmula o seguinte Enunciado:

Gerente de Instituição Financeira. Conforme dispõe o artigo 28, VIII, do EAOAB, a função de gerente em instituição financeira, mesmo que em instituição privada, em todos os níveis, é atividade considerada incompatível com o exercício da advocacia. Diante disso, não cabe inscrição nos quadros da OAB, com base no artigo 8º, V, do EAOAB, nem licenciamento do exercício profissional, com fulcro no artigo 12, inciso II, do EAOAB, exceto se o profissional a exercer temporariamente, por exemplo, quando cobrirá gerente titular em férias, hipóteses de designação com termo pré-fixado.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> OAB/PR. Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná. Disponível em: <<https://www.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2019/02/201801-cs-sumula.pdf>>. Acesso em: 19/08/2021

<sup>14</sup> OAB/PR. Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná. Disponível em: <<https://www.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2020/09/202003-cs-sumula.pdf>>. Acesso em: 19/08/2021

Em sentido convergente à jurisprudência do Conselho Federal, que em julgado deste ano reafirmou a incompatibilidade do cargo de gerente bancário com a advocacia:

Recurso. Incompatibilidade. Gerente de Relacionamento do Banco Santander. A ocupação de cargo gerencial em instituição financeira é incompatível com o exercício da advocacia, nos termos do art. 28, inciso VIII da Lei 8.906/94. Negado provimento ao recurso.<sup>15</sup>

A terceira e última hipótese de impedimento prevista pelo Estatuto está inserida no inciso II, do artigo 30. Nela, incluem-se os membros do Poder Legislativo, em seus diferentes níveis. Consoante a dicção legal, os parlamentares são proibidos de advogar contra ou a favor das pessoas jurídicas de direito público, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas, entidades paraestatais ou empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público.

O impedimento não se aplica aos advogados que ocupam assento na Mesa Diretora das Casas Legislativas, hipótese em que se configura a regra de incompatibilidade prevista no artigo 28, inciso I, do EAOAB, cabendo-lhe, nesse caso, licenciar-se com fulcro no artigo 12, inciso II, da Lei.

Para Gladston Mamede (2014, p. 105), “a previsão é salutar, e protege tanto a classe dos advogados, quanto o Poder Legislativo de uma confusão que poderia ser promíscua; até mesmo em ‘moeda de barganha política’ seria possível que a advocacia fosse transformada, o que agride, indubitavelmente, o princípio da moralidade administrativa”.

Paulo Lôbo (2017, p. 202) sugestiona que a inserção no atual Estatuto da Advocacia de regra restritiva destinada especificamente aos membros do Poder Legislativo se deu “talvez pelo impacto das denúncias da CPI da Corrupção, cujos resultados surgiram durante a tramitação do Estatuto na Câmara dos Deputados”.

Além das hipóteses de impedimento taxativamente previstas no EAOAB, excepcionalmente são anotadas na ficha cadastral dos advogados outras restrições provenientes de legislações

<sup>15</sup> Conselho Federal da OAB. Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <https://www.oab.org.br/util/print/17798?print=Ementarios>. Acesso em: 19/08/2021.

esparsas, em virtude de situação funcional pessoal do inscrito e que enseja a limitação parcial ao exercício da advocacia.

A primeira delas, de índole constitucional, é a limitação imposta aos oriundos da Magistratura e do Ministério Público.

Prescreve o artigo 95, parágrafo único, inciso I, da Constituição da República<sup>16</sup>, ser vedado ao juiz exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

Dispõe ainda o texto constitucional, no artigo 128, § 6º, que ao membro do Ministério Público se aplica a mesma restrição.

Ao prosseguir na análise, verificam-se outras situações que, em tese, gerariam a incompatibilidade para o exercício profissional, mas que, em decorrência de interpretação sistêmica das normas vigentes e em virtude de contemporâneo entendimento jurisprudencial, ou até mesmo diante de exceções já previstas nas normas de regência da advocacia, autorizam o tratamento dessas situações como sendo hipóteses de mero impedimento parcial ao exercício da advocacia.

Veja-se, por exemplo, que o Estatuto da Advocacia e da OAB, no artigo 28, inciso II, definiu como incompatível com a advocacia a função desempenhada por aqueles que possuem competência de julgamento em órgãos de deliberação coletiva da administração pública direta e indireta.

O Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB<sup>17</sup>, por sua vez, delimitou no artigo 8º que a incompatibilidade prevista no artigo 28, inciso II do Estatuto, não se aplica aos advogados que participam dos órgãos nele referidos, na qualidade de titulares ou suplentes, como representantes dos advogados. Ficam, entretanto, impedidos de exercer a advocacia perante os órgãos em que atuam, enquanto durar a investidura.

A Câmara de Seleção da OAB-PR, todavia, deliberou pela possibilidade de dar interpretação ao tema à luz dos princípios da isonomia e da razoabilidade. Do acórdão nº 027/2016 do referido órgão, extraem-se os seguintes excertos:

<sup>16</sup> BRASIL. Presidência da República. Brasília: Governo Federal, 2021. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 19/08/2021.

<sup>17</sup> Conselho Federal da OAB. Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: < <https://www.oab.org.br/publicacoes/AbriuPDF?Livroid=0000004095>>. Acesso em: 19/03/2021.

Da leitura superficial dos dispositivos citados, já é possível perceber que o Regulamento Geral buscou trazer razoabilidade ao inciso II do art. 8º do Estatuto, na medida em que impedir que absolutamente todo e qualquer advogado compusesse órgãos deliberativos da Administração Pública acarretaria gravosas consequências que afrontariam, inclusive, a Constituição Federal.

A primeira destas consequências ofenderia ao Princípio da Igualdade, na medida em que se permitiria acesso a tais funções a todos os outros profissionais liberais, limitando-se, apenas e tão somente ao profissional advogado.

A segunda delas ofenderia simultaneamente aos Princípios da Razoabilidade e da Eficiência, na medida em que na maior parte dos órgãos colegiados, os advogados, por sua formação acadêmica, são os que mais conhecimento técnico-jurídicos possuem, garantindo maior respeito à legalidade e às garantias constitucionais nos julgamentos. Eliminar o acesso dos advogados aos assentos desses órgãos julgadores significa a diminuição da qualidade da defesa dos administrados face a eventuais ilegalidades e excessos cometidos pela Administração Pública.

Concluiu o órgão colegiado, por unanimidade, pela possibilidade de aplicação da regra de impedimento do artigo 8º, § 1º, do Regulamento Geral do Estatuto da Advocacia e da OAB a todos os advogados que integram órgãos deliberativos da administração pública, em prestígio à Constituição, à classe dos advogados e à qualidade técnica dos julgamentos.

Também previu o artigo 28, inciso II, do EAOAB, ser incompatíveis com a advocacia as atividades desempenhadas pelos membros do Poder Judiciário. Contudo, a regra de incompatibilidade foi excepcionada em decorrência do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1127<sup>18</sup>, que, entre outras decisões nela proferidas, excluiu os juízes eleitorais e seus suplentes do rol dos incompatibilizados. Ficam, no entanto, im-

<sup>18</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1127 Disponível em: < <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=315097539&ext=.pdf>>. Acesso em: 19/03/2021

pedidos de advogar contra a Fazenda Pública Federal e perante a própria Justiça Eleitoral.

Além da regra geral de incompatibilidade aplicável aos membros do Poder Judiciário – excepcionados os Juízes Eleitorais –, fixou o EAOAB, no inciso IV do artigo 28, a incompatibilidade em relação a todos os ocupantes de cargos ou funções vinculados direta ou indiretamente a qualquer órgão do Poder Judiciário, leia-se, os servidores.

Como já apontado, da regra proibitiva estão excluídos os auxiliares da Justiça ocupantes dos cargos de Juiz Leigo, Conciliador e Mediador, os quais estão submetidos aos impedimentos previstos na Súmula nº 01/2018 da Câmara de Seleção.

No âmbito da OAB-PR, recentemente admitiu-se outra flexibilização da norma de incompatibilidade destinada aos servidores do Poder Judiciário, em razão de Emenda à Constituição Estadual.

O artigo 243-B, introduzido pela Emenda Constitucional nº 44, de 28/10/2019, preconiza:

A consultoria jurídica, o assessoramento jurídico e a representação judicial, no que couber, do Poder Judiciário, bem como a supervisão dos seus órgãos de consultoria e de assessoramento jurídicos, serão exercidas, privativamente, pelos Assesores Jurídicos do Tribunal de Justiça, que passam a ser denominados Consultores Jurídicos do Poder Judiciário, integrantes da Carreira Especial.

§ 1º. Os Consultores Jurídicos do Poder Judiciário poderão exercer, em caráter extraordinário, por determinação do Presidente do Tribunal de Justiça, a representação judicial e a defesa do Poder Judiciário estadual nas causas envolvendo os interesses institucionais e a sua autonomia.<sup>19</sup>

Com a alteração do texto constitucional do estado do Paraná, que atribuiu aos Consultores Jurídicos do Poder Judiciário a função de desempenhar atividades privativas de advogado, nos termos do artigo 1º, incisos I e II, do EAOAB, foi admitida, em caráter excepcional, a inscrição desses servidores.

<sup>19</sup> Paraná. Assembleia Legislativa do Estado do Paraná. Curitiba: Governo do Estado do Paraná, 2021. Acessível em: < <https://www.assembleia.pr.leg.br/legislacao/constituicao-estadual>>. Acesso em: 19/08/2021.

Porém, aos Consultores Jurídicos é vedado exercer a advocacia fora das funções institucionais, nos termos do artigo 243-B, § 2º, da Constituição do Estado. Dizendo de outro modo, a inscrição desses servidores públicos apenas se justifica diante da necessidade de, no exercício de sua função institucional, representarem juridicamente o Poder Judiciário paranaense, em razão de que ficam absolutamente proibidos de exercer a advocacia em caráter privado.

## **2 Implicações administrativas do exercício da advocacia fora dos limites impostos pelas regras de impedimento**

Indaga-se corriqueiramente sobre os efeitos jurídicos de ato privativo da advocacia praticado por advogado quando impedido de fazê-lo.

O EAOAB, no artigo 4º, parágrafo único, traz resposta objetiva: são também nulos os atos praticados por advogado impedido – no âmbito do impedimento – suspenso, licenciado ou que passar a exercer atividade incompatível com a advocacia.

A decretação de nulidade do ato praticado não é de competência da OAB, e depende seu reconhecimento de análise realizada pelo juízo ou autoridade competente.

A proibição ao exercício da advocacia, parcial ou total, refere-se a qualquer ato privativo elencado no artigo 1º do Estatuto, inexistindo distinção entre atuação judicial ou extrajudicial.

O advogado que pratica ato privativo da advocacia quando impedido de fazê-lo, sem prejuízo de vê-lo anulado pelo Poder Judiciário, ou pela autoridade competente quando se tratar de atuação extrajudicial, incorre na infração disciplinar prevista no artigo 34, inciso I, do EAOAB, punível com a pena de censura, ou suspensão se reincidente.

### **Conclusão**

Com o presente artigo, buscou-se esclarecer sobre as hipóteses que determinam impedimento parcial ao exercício da advocacia, à luz do vigente Estatuto da Advocacia e da OAB, e decorrentes de legislações esparsas.

O trabalho não pretendeu ser conclusivo, mas, ao contrário, se propôs a retratar, ainda que de forma resumida, o funcionamento do sistema de restrições.

A lei de regência da advocacia, promulgada há 27 anos, no que tange ao sistema de impedimentos, permanece plenamente

hígida e segue atendendo aos anseios do legislador ordinário, que buscou, com o estabelecimento das causas de restrição, proteger os advogados, a sociedade e a administração pública em geral.

Não ignoram, porém, os advogados, a missão de promover a constante atualização e aperfeiçoamento da Lei, do Regulamento e das demais normativas que regem a profissão que escolheram exercer.

O acelerado avanço da sociedade e do sistema de Justiça provocou a necessidade da imposição de outros tipos de restrições, essas específicas, como é o caso das normas que são destinadas ao Juízes Leigos, Conciliadores e Mediadores, dada a atual configuração do Sistema dos Juizados Especiais.

A doutrina e a jurisprudência, com frequência, se ocupam do tema abordado neste artigo, o que sinaliza sua atualidade, mas, sobretudo, sua relevância, pois diretamente ligado ao exercício de um direito fundamental – o acesso ao trabalho.

## Referências

Brasil. Presidência da República. Brasília: Governo Federal, 2021. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8906.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm)>. Acesso em: 19/08/2021.

Brasil. Presidência da República. Brasília: Governo Federal, 2021. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 19/08/2021.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 1127 Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=315097539&ext=.pdf>>. Acesso em: 19/03/2021.

Conselho Federal da OAB. Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <[https://www.oab.org.br/jurisprudencia/detementa/12453?title=49-0000-2013-006639-](https://www.oab.org.br/jurisprudencia/detementa/12453?title=49-0000-2013-006639-0&search=%22ARTIGO%2029%22)

[0&search=%22ARTIGO%2029%22](https://www.oab.org.br/jurisprudencia/detementa/12453?title=49-0000-2013-006639-0&search=%22ARTIGO%2029%22)>. Acesso em: 19/03/2021.

Conselho Federal da OAB. Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/util/print/1626?print=Ementarios>> Acesso em: 19/03/2021.

Conselho Federal da OAB. Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/util/print/17224?print=Ementarios>>. Acesso em: 19/03/2021.

Conselho Federal da OAB. Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/util/print/16279?print=Ementarios>>. Acesso em: 19/03/2021.

Conselho Federal da OAB. Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <[https://www.oab.org.br/jurisprudencia/detementa/12453?title=49-0000-2013-006639-](https://www.oab.org.br/jurisprudencia/detementa/12453?title=49-0000-2013-006639-0&search=%22ARTIGO%2029%22)

org.br/jurisprudencia/detementa/17612?title=49-0000-2020-006199-7&search=6199-7s>. Acesso em: 19/03/2021.

Conselho Federal da OAB. Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/jurisprudencia/detementa/15837?title=49-0000-2014-014332-3&search=014332-3>>. Acesso em: 19/03/2021.

Conselho Federal da OAB. Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/jurisprudencia/detementa/15412?title=49-0000-2016-008087-5&search=UTFPR>>. Acesso em: 19/03/2021.

Conselho Federal da OAB. Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/util/print/7321?print=Ementarios>>. Acesso em: 19/03/2021.

Conselho Federal da OAB. Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/jurisprudencia/detementa/6997?title=2009-08-04640-05&search=04640-05>>. Acesso em: 19/03/2021.

Conselho Federal da OAB. Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/util/print/17798?print=Ementarios>>. Acesso em: 19/08/2021.

Conselho Federal da OAB. Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/publicacoes/AbriuPDF?Livroid=0000004095>>. Acesso em: 19/03/2021.

Mamede, Gladston. **A Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil** / Gladston Mamede. – 6. ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

Lôbo, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

Paraná. Assembleia Legislativa do Estado do Paraná. Curitiba: Governo do Estado do Paraná, 2021. Acessível em: <<https://www.assembleia.pr.leg.br/legislacao/constituicao-estadual>>. Acesso em: 19/08/2021.

Ramos, Gisela Gondin. **Estatuto da advocacia: comentários e jurisprudência selecionada** / Gisela Gondin Ramos – 7. ed. revista e atualizada. – Belo Horizonte: Fórum, 2017.

**Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB: prerrogativas, seleção e disciplina.** / Giovanni Cássio Piovezan (org.). – Curitiba: Ordem dos Advogados do Brasil, Seção Paraná, 2019. p. 244/246.

OAB/PR. Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná. Disponível em: <<https://www.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2019/02/201801-cs-sumula.pdf>>. Acesso em: 19/08/2021.

OAB/PR. Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná. Disponível em: <<https://www.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2020/09/202003-cs-sumula.pdf>>. Acesso em: 19/08/2021.

OAB/PR. Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná. Disponível em: <<http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/>>. Acesso em: 19/08/2021.

OAB/PR. Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná. Disponível em: <<https://www.oabpr.org.br/impedimento-previsto-aos-servidores-da-administracao-direta-nao-se-estende-aos-de-mais-socios-de-escritorio/>>. Acesso em: 19/08/2021.

# Impossibilidade não culposa do fornecedor nos contratos existenciais

**Juliana Dal Molin de Oliveira Lemos**

*Advogada*

*Doutoranda em Processo Civil pela PUCIRS*

*Mestre em Direito Ambiental pela UNIVALIISC*

*Especialista em Processo Civil pela FAPIUNINTER*

## RESUMO

O presente artigo tem por objetivo apresentar uma abordagem geral sobre os contratos existenciais e trazer exemplos atuais, principalmente observando os impactos gerados pela pandemia da Covid-19 nas demandas dos fornecedores em contratos, especialmente no caso de contratos existenciais, como, por exemplo, no caso dos Planos de Saúde, bem como observar como a jurisprudência vem tratando os casos específicos de impossibilidade não culposa de fornecedores e, também, como a doutrina tem tratado as relações de consumo que envolvem os contratos existenciais.

Palavras-chave: Contratos Existenciais. Fornecedores. Pandemia da Covid-19. Impossibilidade não culposa.

## ABSTRACT

This article aims to present a general approach on existential contracts and bring current examples, mainly observing the impacts brought by the Covid-19 Pandemic on suppliers' demands in contracts, especially in the case of existential contracts, as in the case of Health Plans, as well as observing how jurisprudence has been dealing with specific cases of non-culpable impossibility of suppliers and also, as a doctrine, has dealt with consumer relations involving existential contracts.

keywords: Existential Contracts. Suppliers. Covid-19 pandemic. Impossibility not culpable.

## Introdução

O presente estudo apresenta uma noção sobre contratos existenciais e da sua amplitude dimensional, das complexidades verificadas em suas problemáticas e a pluralidade de matérias envolvidas nesta importante temática, bem como da necessidade de se buscar em normas, legislações pertinentes e na doutrina resoluções que considerem as particularidades e complexidades envolvidas, frente às consequências e aos impactos que um não cuidado pode acarretar quando tratamos de demandas tão importantes para as partes, como é o caso das demandas que envolvem contratos existenciais.

O seu objetivo científico, então, é entender e mensurar a importância do papel da contínua discussão, debates e estudos em relação à temática de contratos existenciais, das matérias ligadas à impossibilidade não culposa do fornecedor e às problemáticas envolvidas nessas relações de consumo, considerando ainda os impactos trazidos pela pandemia da Covid-19 nessas demandas e os princípios e fundamentos que acompanham essas relações, em auxílio à busca de soluções eficazes às particularidades existentes nas problemáticas envolvidas nessas matérias.

Para isso, apresentamos um estudo dividido em dois capítulos, sendo que o primeiro capítulo traz um apanhado teórico com conceitos e características dos contratos existenciais, composto pelas noções gerais de contratos existenciais, os fundamentos e os princípios que estão envoltos nesses tipos de contratos.

Já no segundo capítulo, apresentamos noções gerais sobre impossibilidade não culposa do fornecedor, exemplos práticos de ocorrências de impossibilidade não culposa do fornecedor em relações de consumo e exemplos citados pela doutrina sobre as problemáticas encontradas nas legislações pertinentes a esses contratos, tratando ainda sobre problemáticas observadas nesses tempos de pandemia da Covid-19.

Por fim, considerando as matérias expostas ao presente tema proposto, os textos estudados, os comentários e as análises sobre entendimentos trazidos pela doutrina e pelas legislações pertinentes, é possível verificarmos, ainda, a evolução e o desenvolvimento de ideias sobre as contribuições teóricas existentes, diante da complexidade das matérias correlatas na prática jurídica e processual, bem como sobre as perspectivas dos problemas apresentados.

## 1 Contratos existenciais

Para chegarmos à temática proposta e tratarmos sobre as problemáticas e estudos pertinentes a elas, cumpre, inicialmente, realizar um breve apanhado com contribuições existentes em nossa doutrina, em que podemos verificar alguns conceitos e entendimentos sobre as noções de contratos existenciais e suas características e particularidades, para que aqui possamos compreender as distinções dos contratos existenciais em relação a outros tipos de contratos.

A princípio, temos nos ensinamentos de Antônio Junqueira (2009, p. 186) que:

O contrato existencial, por sua vez, é aquele entre pessoas não-empresárias ou, como é frequente, em que somente uma parte é não-empresária, desde que esta naturalmente não pretenda transferir, com intuito de lucro, os efeitos do contrato para terceiros. O critério de distinção é exclusivamente subjetivo, se possível, ou, se não, subjetivo-objetivo. São existenciais, por exemplo, todos os contratos de consumo (o consumidor é o destinatário final das vantagens contratuais ou não visa obter lucro), o contrato de trabalho, o de aquisição da casa própria, o de locação da casa própria, o de conta corrente bancária e assim por diante.

Visando a uma melhor compreensão quanto ao entendimento com relação aos contratos existenciais, apresentaremos, ainda no capítulo 1, uma divisão de subitens, tratando, além das noções iniciais de contratos com os conceitos de contratos existenciais e de lucro, também sobre paradoxo da essencialidade e, ainda, sobre os fundamentos e princípios dos contratos existenciais.

Neste estudo, especificamente, é possível verificar a existência de importantes debates e discussões em relação à função social dos contratos, à dignidade da pessoa humana, quanto à boa-fé, bem como quanto a alterações de circunstâncias que podem gerar onerosidade excessiva, impossibilidade não culposa do fornecedor e envolvendo, ainda, importantes matérias e entendimentos que visam ao equilíbrio e, também, pacificar eventuais conflitos que passam a surgir nas relações de consumo, considerando todas as complexidades que percebemos haver tanto nessas relações, como na sociedade como um todo.

## 1.1 Noções de contratos (existenciais x lucro)

Inicialmente, em um breve estudo sobre a noção de contratos existenciais, faz-se fundamental buscarmos um entendimento quanto ao seu conceito, sua definição e particularidades em relação ao conceito de contratos, conhecer exemplos práticos desses tipos de contratos e entendermos, também, as dimensões que os mesmos alcançam, diferenciando, ainda, os contratos existenciais dos demais tipos de contratos.

Ao tratar sobre o conceito de contrato existencial e suas distinções, Antonio Junqueira (1994, p. 123-124) traz mais uma valorosa contribuição, ao mencionar que:

A boa-fé objetiva, prevista como cláusula geral no art. 422 do CC/2002, tem um primeiro nível, negativo e elementar, *comum a todo e qualquer contrato*, consistente em não agir com má-fé, e um segundo nível, positivo, de cooperação. Neste último, a boa-fé inclui diversos deveres (deveres positivos), como o de informar, mas a exigência de boa-fé, nesse patamar, *varia conforme o tipo de contrato*. Ela, em primeiro lugar, é muito maior entre os contratos que batizamos de “contratos existenciais” (os de consumo, os de trabalho, os de locação residencial, de compra da casa própria e, de uma maneira geral, os que dizem respeito à subsistência da pessoa humana) do que entre os “contratos empresariais”. *Essa nova dicotomia, que defendemos, “contrato existencial/contrato empresarial”, é, a nosso ver, a verdadeira dicotomia contratual do século XXI*. Por força da renovação dos princípios contratuais e da frequência de sua concretização, não se pode mais empregar a palavra “contrato” sem consciência dessa nova dicotomia; ela é operacional e está para o século XXI, como a de “contrato paritário/contrato de adesão” esteve para o século XX.

E o mesmo sentido pontuado anteriormente no texto de Antônio Junqueira, também podemos verificar na obra de Aguiar Junior (2011, p. 101) que “Os contratos existenciais teriam por objeto da prestação um bem considerado essencial para a subsistência da pessoa, com a preservação dos valores inerentes à sua dignidade, nos termos propostos pela Constituição da

República”, complementando, porém, no mesmo texto (2011. p. 102)

Os contratos de consumo podem em sua maioria corresponder à ideia de contrato existencial, mas não é pelo fato de expressarem uma relação de consumo que só por isso possam ser de logo assim considerados. É que muita relação de consumo tem por objeto de prestação bens supérfluos ou desnecessários.

Esses últimos pequenos trechos pinçados do texto de Aguiar Junior, aliados à leitura dos estudos e lições trazidos por Antonio Junqueira, em relação aos contratos existenciais, celebram importantes princípios ligados aos elementos dessa forma de concepção contratualística, assim como quanto aos princípios ligados ao Direito, à exigência esperada em relação à boa-fé e à função social do contrato, como um todo.

E nessas lições, podemos observar a valorosa relevância das contribuições que esses estudos aqui apontados nos trazem, seja como base e como referencial teórico para o enriquecimento de pesquisas, como ao passo em que percebemos que essas temáticas estão atreladas a uma grande multiplicidade de problemáticas e disciplinas jurídicas e sociais, chamando, ainda, a atenção sobre o que podemos conceber como um bem “essencial”, cabendo uma análise quanto ao chamado “paradigma da essencialidade”.

## **1.2 O paradigma da essencialidade**

Para tratar sobre o paradigma da essencialidade, uma importante contribuição sobre a sua conceituação e características referenciadas pela doutrina advém dos estudos e ensinamentos da Professora Teresa Negreiros, tendo sido os mesmos destacados no artigo de Aguiar Junior (2011. p. 93), o qual aponta as críticas feitas por ela em relação às classificações dos contratos observados por ela na doutrina, pois, de acordo com Teresa Negreiros (2006, p. 347), “(...) não contemplam as diferenças relacionadas às características do bem contratado, especificamente, à sua maior ou menor utilidade existencial”, sendo que deve haver, segundo Negreiros (2006, p. 449), “a primazia das situações existenciais sobre as situações patrimoniais”.

Podemos ressaltar ainda, pelos estudos de Teresa Negreiros (2006, p. 342), que essas distinções caracterizam uma nova

classificação, por meio do paradigma da essencialidade, de acordo com o qual:

a medida da utilidade existencial do objeto do contrato deve ser fator considerado pelo ordenamento jurídico como relevante na apreciação de conflitos entre os princípios contratuais, é, neste contexto, capaz de dar à prática judiciária um ponto de apoio para argumentações sensíveis às necessidades dos contratantes.

O autor Rafael Ferreira Bizelli (2015, p. 18) também ressalta em seus estudos dedicados às temáticas de contratos existenciais e sobre a ideia do paradigma da essencialidade, ao dispor que:

Defende-se, portanto, que nos contratos existenciais, onde o paradigma da essencialidade encontra o seu ápice, a autonomia privada sofra sua maior mitigação, sendo legítima, nesses contratos, uma maior ingerência estatal, sempre com o objetivo de resguardar a parte hipossuficiente, a parte que tem no objeto contratual um bem existencial, essencial.

Observando os pensamentos anteriormente elencados, podemos perceber um consenso entre os pensamentos doutrinários em relação ao paradigma da essencialidade, bem como sobre os efeitos trazidos por essas distinções ao estudar os contratos existenciais, havendo, ainda, uma relação com diversos fundamentos e princípios, os quais serão tratados no próximo tópico.

Assim, estudar e entender também as ideias acerca das diversas visões e pensamentos sobre a natureza, princípios e funções dos contratos, verifica-se como uma importante via de acesso para o desenvolvimento de nossa forma de pensar, visando assim ao alcance de um equilíbrio eficaz, seja através do aperfeiçoamento de sua construção, de coerência e conexão de institutos.

### **1.3 Fundamentos e princípios dos contratos existenciais**

Temos os princípios, de forma geral, como conceitua Espíndola (1998, p. 48), como uma “estruturação de um sistema de ideias, pensamentos ou normas por uma ideia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas

as demais ideias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou subordinam”.

Considerando a temática dos contratos existenciais, também podemos elencar uma série de fundamentos e princípios a serem observados em sua atenção, entre os quais ressaltamos a função social do contrato, a dignidade da pessoa humana, o princípio da boa-fé, como também anteriormente citado, assim como do afastamento da onerosidade excessiva, sendo todos esses primordiais nos estudos referentes à matéria de contratos existenciais.

Com relação à dignidade da pessoa humana, temos na lição do Professor Ingo Sarlet (2001, p. 41) que:

Assim, vale lembrar que a dignidade evidentemente não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito e na medida que este a reconhece, já que constitui dado prévio, não esquecendo, todavia, que o Direito poderá exercer papel crucial na sua proteção e promoção, não sendo, portanto, completamente sem razão que se sustentou até mesmo a desnecessidade de uma definição jurídica da dignidade da pessoa humana, na medida em que, em última análise, se cuida do valor próprio, da natureza do ser humano.

Desse modo, observando a lição de Sarlet, somada ainda aos trechos trazidos nos tópicos anteriores quanto aos ensinamentos de Antonio Junqueira, em relação aos contratos existenciais, mais uma vez verificamos princípios ligados ao Direito, no qual espera-se uma proteção e promoção aos princípios da boa-fé, da dignidade da pessoa humana e da função social do contrato.

A obra de Aguiar Junior (2011, p. 106) também reforça a ideia de que, “conforme preconizam o Prof. Antonio Junqueira de Azevedo e Teresa Negreiros, esses contratos existenciais admitem maior participação do juiz na apreciação do seu conteúdo e eventual revisão, tudo feito com o propósito de respeitar a sua função social”.

Tendo essas noções iniciais quanto aos contratos existenciais, alguns de seus fundamentos e princípios, passaremos agora às considerações e entendimentos com relação à segunda parte deste estudo, passando a tratar inicialmente sobre a impossibilidade não culposa de fornecedores em relações contratuais.

## 2 Impossibilidade não culposa do fornecedor

Para começar a abordagem sobre essa temática, trazemos para este estudo uma visão dos tempos atuais em que estamos vivendo e onde é possível notamos, em função da pandemia da Covid-19, inúmeros exemplos práticos e situações diárias que refletem os impactos que a pandemia tem gerado, tanto na sociedade como nas relações contratuais e, nesse ponto, quanto à impossibilidade não culposa do fornecedor nos cumprimentos de alguns tipos de contratos.

É sobre esse ponto, a obra de Daniel Dias (2020, p.1) nos aponta que:

Em tempos de pandemia do coronavírus (COVID-19), tem-se visto, com crescente frequência, situações em que os fornecedores de produtos e serviços estão impossibilitados de cumprir com suas obrigações contratuais. Casos em que o fornecedor, mesmo que envidasse todos os esforços ao seu alcance, não conseguiria fornecer o serviço ou produto contratado.

Como exemplos, Daniel Dias (2020, p.1), nesse mesmo estudo, nos traz os casos de:

(...) fornecedor que não consegue entregar o produto final vendido ao consumidor, porque o seu fornecedor chinês não entregou os insumos necessários para a elaboração do produto final. (...) empresa aérea que não consegue transportar os consumidores de determinados voos, porque o país de destino fechou as suas fronteiras para estrangeiros. (...) produtora de eventos que não pode realizar grande show programado há meses, em face de norma que proíbe a realização de eventos que gerem a aglomeração de pessoas.

Seguindo esse mesmo pensamento, consta o ensinamento verificado em Bruno Miragem (2020, p. 1-9), sustentando que “Há situações em que, em razão das medidas adotadas pelo Poder Público ou por particulares, torna-se impossível o cumprimento” (...) “Em outras, não há uma impossibilidade caracterizada desde logo, mas incerteza quanto à possibilidade no momento da execução porvir (...)”.

Assim, para uma melhor compreensão quanto a essas situações envolvendo as impossibilidades, Bruno Miragem (2020, p. 2) complementa ainda que:

A impossibilidade de cumprimento pode ser definitiva ou temporária. No primeiro caso, há obstáculo à realização da prestação que não deve desaparecer ou se atenuar com a fluência do tempo. No segundo caso, a impossibilidade se circunscreve a certo período, indicando que poderá ainda ser realizada, mas não no prazo originalmente previsto. Da mesma forma, pode ser absoluta ou relativa, de modo que, no primeiro caso, extingue a obrigação e libera o devedor; na segunda, há dificuldade ou onerosidade da prestação, o que mantém o devedor vinculado e responsável pelo cumprimento

Compreendendo essas definições e diferenças trazidas pela doutrina quanto às formas de impossibilidades de cumprimento de contratos pelo fornecedor nas relações contratuais, podemos avançar, assim, para uma análise quanto aos exemplos práticos de problemáticas que podemos nos deparar ao observar as mesmas em normas e legislações pertinentes a casos de impossibilidade não culposa do fornecedor.

## **2.1 Exemplos práticos de problemáticas verificadas em normas e em legislações pertinentes à impossibilidade não culposa do fornecedor**

Daniel Dias (2020, p. 1), ao tratar sobre essas problemáticas observadas durante a pandemia de Covid-19 e envolvendo relações de consumo, apresenta pertinentemente questionamentos, como “Mas o que acontece nesses e noutros casos? Quais são os direitos (e eventuais deveres) dos consumidores? E quais são os deveres (e eventuais direitos) dos fornecedores? O que diz o Código de Defesa do Consumidor (CDC)?”

Partindo desses questionamentos, trazemos, inicialmente, para análise o texto contido no art. 35 do Código de Defesa do Consumidor<sup>1</sup>:

<sup>1</sup> BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078/compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078/compilado.htm)

Art. 35. Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha:

I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;

II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;

III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos.

Contribuindo com os estudos em relação a esse dispositivo contido no Código de Defesa do Consumidor, é interesse verificar o recente julgado do STJ, através do REsp 1872048, em que em matéria noticiada pelo mesmo em abril/2021, trazendo em seu título que “Falta de estoque não impede consumidor de exigir entrega do produto anunciado”, onde o STJ<sup>2</sup> trouxe que:

Em virtude do princípio da vinculação do fornecedor à oferta, o consumidor só não poderá exigir a entrega do produto anunciado caso ele tenha deixado de ser fabricado e não exista mais no mercado. Se o fornecedor não entregou o produto, mas ainda tiver como fazê-lo – mesmo precisando adquiri-lo de outras empresas –, fica mantida para o consumidor a possibilidade de exigir o cumprimento forçado da obrigação, prevista no artigo 35, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

No acórdão, o STJ<sup>3</sup> fundamenta ainda que:

Ressalte-se, ademais, que o mero fato de o fornecedor do produto não o possuir em estoque no momento da contratação não é condição su-

<sup>2</sup> STJ, Falta de estoque não impede consumidor de exigir entrega do produto anunciado. REsp 1872048. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/26042021-Falta-de-estoque-nao-impede-consumidor-de-exigir-entrega-do-produto-anunciado.aspx>.

<sup>3</sup> STJ, Falta de estoque não impede consumidor de exigir entrega do produto anunciado. REsp 1872048. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/26042021-Falta-de-estoque-nao-impede-consumidor-de-exigir-entrega-do-produto-anunciado.aspx>

ficiente para eximi-lo do cumprimento forçado da obrigação, haja vista que essa circunstância, por si mesma, não evidencia que o produto não mais estaria disponível no mercado e que, portanto, o adimplemento da obrigação de fazer de entregá-lo ao consumidor seria impossível. Dessa forma, merece reforma, no ponto, o acórdão recorrido, para que se afaste a imposição de adequação de seu pedido aos incisos II e III do art. 35 do CDC, reconhecendo-se a possibilidade de ser exigido o cumprimento forçado da obrigação, na forma do inciso I do CDC.

Ao tratarmos sobre essas temáticas, é importante também considerarmos a dinâmica das mudanças, considerando a realidade que vivenciamos em um mundo que se apresenta cada dia mais célere e plural, bem como considerando a busca constante de um equilíbrio quando princípios entram em colisão.

Analisando os problemas exemplificados, as suas fundamentações, desde as suas pertinências às relações de consumo e os princípios fundamentais envolvidos nessas demandas, até os seus impactos e suas dimensões processuais, constatamos já haver um rico estudo desses conceitos e princípios diante da complexidade de aplicação do direito na sociedade atual e nas relações contratuais.

No exemplo concreto, considerando esse entendimento do STJ, podemos perceber a atenção dada aos princípios da boa-fé e da vinculação do fornecedor e, conforme observado pelo STJ<sup>4</sup>, “como o processo não indicou que a falta do produto no estoque do fornecedor fosse impossível de ser contornada, a Terceira Turma reformou o acórdão”.

## **2.2 As problemáticas trazidas pelo impacto da pandemia de Covid-19 em contratos existenciais**

Com relação às problemáticas trazidas pelo impacto da pandemia de Covid-19 em Contratos Existenciais, um exemplo que podemos trazer para contribuir com esse estudo, em relação às problemáticas trazidas pela pandemia, envolve fornecedores

<sup>4</sup> STJ, Falta de estoque não impede consumidor de exigir entrega do produto anunciado. REsp 1872048. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/porta/paginas/Comunicacao/Noticias/26042021-Falta-de-estoque-nao-impede-consumidor-de-exigir-entrega-do-produto-anunciado.aspx>.

em contratos existenciais, considerando tratar-se de Planos de Saúde, visto que esses contratos ligados a planos de saúde estão entre os mais afetados com a pandemia de Covid-19.

Assim, ressaltando quanto à importância da prestação de serviços realizados pelos Planos de Saúde, com relação à sua fundamental relevância quanto aos aspectos que o distinguem e contribuem para a forma como são classificados, os professores Pasqualotto e Bernardo (2021, p. 3), em seus estudos, nos trazem que:

O contrato que estabelece o vínculo entre as empresas assistenciais e os beneficiários é do tipo existencial, o que significa que o seu objeto não é uma mera prestação de serviços material monetarizada, mas lida diretamente com o bem mais preciso da existência humana, que é a saúde.

Desse modo, considerando que a prestação de serviços dos planos de saúde engloba “assistência à saúde, prestadores e profissionais da saúde, empregos e contratos” (2021, p. 3), esse exemplo dos planos de saúde demonstra as problemáticas percebidas para viabilizar a adaptação nesse momento de pandemia da Covid-19 e, nesse ponto, Pasqualotto e Bernardo (2021, p. 3) ressaltam então que:

O grande desafio do setor, por conseguinte, é encontrar um ponto de equilíbrio entre custo e qualidade dos serviços, assegurando os direitos dos usuários e simultaneamente mantendo a higidez econômico-financeira indispensável à realização da sua finalidade social. A complexidade desse quadro tornou-se maior com a pandemia do novo coronavírus.

E, com relação ao direito dos usuários, entre as medidas jurídicas citadas nos estudos relacionados à matéria, a Resolução Normativa nº 453, também citada no texto do Professor Bruno Miragem, ao tratar sobre a expectativa legítima de cumprimento do contrato, por parte dos consumidores, sendo então citado por Miragem (2020. p. 5) que:

Há, portanto, expectativa legítima de cumprimento do contrato por parte dos consumidores

dos planos de assistência à saúde, tutelada pelo Direito. Neste sentido, inclusive, corretamente decidiu a Agência Nacional de Saúde Suplementar ao já incluir o exame para detecção do coronavírus no rol de procedimentos e eventos em saúde, que constituem a referência básica de cobertura obrigatória, nos termos da lei (Resolução Normativa n. 453, de 12 de março de 2020).

Considerando todas essas problemáticas, as quais abrangem o Direito do Consumidor, suas complexidades, particularidades em relação aos casos que envolvem impossibilidade de cumprimento, verificamos a existência, na doutrina, sobre os casos em que, por vezes, busca-se a aplicação também do Código Civil, considerando a teoria do diálogo das fontes, como forma de sanar essas problemáticas, como passaremos a tratar no próximo subitem desse capítulo.

### **2.3 A aplicação da teoria do diálogo das fontes**

Pelo diálogo das fontes, Gustavo Tepedino (2015, p. 6) esclarece que:

(...) o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor não podem ser considerados diplomas contrastantes, senão complementares, no âmbito da complexidade do ordenamento, instrumentos para a promoção da solidariedade e do personalismo constitucionais.

Então, ao considerarmos a ideia de complementação entre o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor com a teoria do diálogo das fontes, cabe também destacarmos o entendimento em relação ao art. 393 do Código Civil, quanto à sua aplicação nos casos que envolvem situações de impossibilidade não culposa de cumprimento de contrato, em que se pode enquadrar como casos fortuitos ou força maior.

Ao tratar sobre casos de contratos em que os fatos decorrentes da repercussão da pandemia de coronavírus tornam impossível o cumprimento e da previsão do art. 393 do Código Civil, Bruno Miragem (2020, p. 2-3) cita a possibilidade de aplicação:

No caso de contratos que não possam ser cumpridos em razão de fatos inevitáveis pelos con-

tratantes, em decorrência da pandemia de coronavírus e das suas consequências (medidas adotadas pelo Poder Público ou por terceiros), esta será a solução aplicável. Em casos nos quais uma das partes tenha realizado o pagamento da sua prestação, sendo credora da contraprestação, a eficácia de resolução implica a restituição do que foi pago, extinguindo-se o contrato, sem responsabilidade do devedor que não cumpriu porque não pôde.

Outro trecho de relevante destaque na doutrina de Bruno Miragem, a contribuir também com esse estudo proposto, é onde Miragem (2020, p. 7) traz que:

Os efeitos da pandemia do coronavírus sobre as relações obrigacionais, tanto no âmbito das relações civis e empresariais, quanto nas relações de consumo provocam o exame dos institutos atinentes à perturbação das prestações e da impossibilidade de cumprimento dos contratos. Frente a uma realidade de riscos excepcionais, a preservação do interesse das partes no contrato rivaliza com as exigências de interesse público, representado pelas medidas de polícia e suas consequências sociais e econômicas. Por outro lado, destaca-se a disciplina legal de uma série de relações jurídicas previstas no Código Civil (LGL2002\400), no Código de Defesa do Consumidor e em outras leis, exigindo sua interpretação em acordo com a situação na qual a impossibilidade do cumprimento dos contratos, ou as situações sobre as quais incidem as balizas da responsabilidade por danos, embora transitórias, podem ser de grave repercussão ao interesse das partes envolvidas.

Verificamos, assim, a necessidade de uma análise mais minuciosa e resolução mais aproximada e cautelosa, que considere e esmiúce todas as particularidades e complexidades envolvidas em cada situação, principalmente quando tratamos de demandas que envolvem tamanha importância para as partes relacionadas.

De fato, cumpre que a apreciação dessas demandas seja realizada com a atenção aprimorada quanto aos seus fundamentos e princípios, de modo a buscar solucionar qualitativamente

essas problemáticas, observando de maneira atenta e eficaz as particularidades existentes em cada caso.

## **Conclusão**

Através do presente estudo, constatamos uma síntese sobre os contratos existenciais, os fundamentos e princípios apresentados na sua análise, uma reflexão sobre exemplos práticos de problemáticas envolvidas nas relações de consumo e sobre a busca pela aplicação de remédios jurídicos, como forma de sanar os conflitos e a colisão de direitos e princípios em meio à relação contratual.

É possível notar que as relações de consumo vêm apresentando novas problemáticas, que se apresentam cada vez mais complexas, destacando-se assim a importância da correta distinção dos conceitos envolvidos nessas relações, observando as realidades, os atores e fatores envolvidos, bem como notamos inúmeras problemáticas enfrentadas em função da pandemia que estamos vivendo atualmente, a qual trouxe impactos também em relações contratuais.

Considerando a temática exposta ao presente tema proposto, os textos angariados, os comentários doutrinários e a análise sobre entendimentos trazidos pelas legislações pertinentes, verificamos, ainda, a evolução e o desenvolvimento de ideias sobre as contribuições teóricas existentes, diante da complexidade das matérias correlatas na prática jurídica e processual, bem como sobre as perspectivas dos problemas apresentados, em que observamos uma necessidade de análises que considerem as particularidades e complexidades envolvidas.

É possível chegar assim à verificação da importância do estudo permanente sobre esses temas, com base no questionamento inicial sobre a busca do equilíbrio necessário nas ocorrências de colisão de direitos e princípios e em como os remédios constitucionais vêm sendo trabalhados para efetividade e eficácia nas resoluções dessas ocorrências, as quais sofrem mudanças e novos desafios conquanto acompanham inovações e mudanças, frente a uma realidade mundial cada dia mais complexa e dinâmica, cabendo, sempre, porém, atenção aos fundamentos e princípios que os permeiam.

## Referências

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. *Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC*, Rio de Janeiro, ano 12, v. 45, p. 91-110, jan./mar. 2011. Disponível em: [http://www.ruyrosado.com.br/upload/site\\_producaointelectual/141.pdf](http://www.ruyrosado.com.br/upload/site_producaointelectual/141.pdf)

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, ano 94, v. 832, p. 115-137. fev. 2005. Disponível em: [https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4193609/mod\\_resource/content/1/9\\_Junqueira\\_RT\\_2005.pdf](https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4193609/mod_resource/content/1/9_Junqueira_RT_2005.pdf)

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BIZELLI, Rafael Ferreira. Contratos existenciais: contextualização, conceito e interesses extrapatrimoniais. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 6, p. 18, out./dez 2015.

BRASIL. Lei n.º. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm)

DIAS, Daniel. Coronavírus e o CDC: O vírus que revela a vulnerabilidade da Lei Hospedeira. Acesso em: 07/06/2021. Disponível em: <http://conhecimento.tjrj.jus.br/documents/5736540/7186707/CoronavlruseoCDC.pdf>

ESPINDOLA, Rui Samuel. *Conceitos de princípios constitucionais*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1998.

MIRAGEM, B. N. B.. Nota relativa à pandemia de coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil. *REVISTA DOS TRIBUNAIS (SÃO PAULO. IMPRESSO)*, v. 1015/82020, p. 1-9, 2020. Disponível em: <http://www.brunomiragem.com.br/wp-content/uploads/2020/06/001-nota-relativa-a-pandemia-de-coronavirus-e-suas-repercussoes.pdf>.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. DAHINTEN, Bernardo Franke. Reflexões sobre os Impactos Jurídicos da Pandemia da Covid-19 sobre os Planos de Saúde no Brasil. *Revista Jurídica Luso-*

Brasileira, Ano 7 (2021), N.º 4. p. 0001-0034. Disponível em: [http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/4/2021\\_04\\_0001\\_0034.pdf](http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/4/2021_04_0001_0034.pdf)

SARLET, Ingo. Dignidade Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

STJ, Falta de estoque não impede consumidor de exigir entrega do produto anunciado. REsp 1872048. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/26042021-Falta-de-estoque-nao-impede-consumidor-de-exigir-entrega-do-produto-anunciado.aspx>

TEPEDINO, Gustavo. Diálogos entre fontes normativas na complexidade do ordenamento. Editorial. Revista Brasileira de Direito Civil.- RBDCivil | ISSN 2358-6974 | Volume 5 – Jul / Set 2015. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/87>



# A possibilidade de controle do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário

**Márcio Berto Alexandrino de Oliveira**

*Bacharel em Direito pela Universidade*

*Vale do Rio Doce/UNIVALE*

*Especialista em Direito Processual pela PUC/Minas*

## RESUMO

O presente estudo visa a abordar acerca da possibilidade de controle do mérito do ato administrativo à luz do atual paradigma do Estado Democrático de Direito. Veremos que é perfeitamente possível o controle do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário, consoante as disposições contidas no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República de 1988. É verdade que a Administração Pública possui certa margem de liberdade para praticar os atos discricionários; entretanto, a discricionariedade não é ilimitada, haja vista que a discricionariedade no Estado Democrático de Direito deve estar vinculada aos princípios fundantes estruturantes do Estado Democrático. Do contrário, o Administrador poderia praticar o ato administrativo discricionário eivado de nulidade; no entanto, tal ato não poderia ser objeto de controle jurisdicional ao argumento de que é vedado ao Judiciário realizar o controle do mérito administrativo, o que tornaria “terra fértil” para administrador mal-intencionado praticar ato desproporcional, com desvio de finalidade, com excesso de poder ou arbitrário, na certeza de que o ato não seria objeto de controle jurisdicional. A não admissão do controle do mérito do ato administrativo não encontra espaço na atual conjuntura jurídica, tendo em vista que a Administração deve submeter-se ao império da lei e dos princípios fundamentais, inclusive quanto à conveniência e oportunidade. Sendo assim, não há dúvida que o melhor entendimento é aquele que admite o controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário, prestigiando, portanto, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, princípio esse de índole constitucional.

Palavras-chave: Ato Administrativo. Controle de Juridicidade. Sindicabilidade. Inafastabilidade.

## ABSTRACT

This study aims to discuss about the possibility of control of the merits of the administrative act in the light of the current paradigm of democratic rule of law. We will see that it is perfectly possible to control the merits of the administrative act by the judiciary, according to the provisions of Article 5, section XXXV, of the Constitution of 1988. It is true that the public administration has some degree of freedom to practice the discretionary acts. However, the discretion is not unlimited, given that discretion in a lawful democratic State must be linked to the founding structural principles of a democratic state. Otherwise, the Administrator could practice the discretionary administrative act riddled with nullity, however, such an act could not be subject to judicial review to the argument that it is forbidden for the judiciary carry out the control of the administrative merit, which would make "fertile ground" for malicious administrator practice disproportionate act with purpose of diversion, with abuse of power or arbitrary, the certainty that the act would not be jurisdictional control object. Failure to control the admission of the administrative act merits no room in the current legal environment, with a view since the Administration must submit to the rule of law and fundamental principles, including on the convenience and opportunity. Thus, there is no doubt that a better understanding is one that allows the control of the merits of the administrative act by the judiciary, honoring therefore the principle of inafastabilidade of jurisdictional control, a principle of a constitutional nature.

Keywords: Administrative Act. Legal Control. Syndication. Inseparability

## Introdução

O presente artigo visa a abordar sobre a possibilidade do Poder Judiciário realizar o controle do mérito do ato administrativo. Conforme é sabido por todos, como regra geral, é vedado ao Poder Judiciário imiscuir-se no mérito administrativo; entretanto, caso ocorra violação aos limites explícitos e implícitos fixados na lei, bem como violação aos princípios constitucionais fundamentais, será permitido ao Poder Judiciário efetuar o controle do mérito do ato administrativo, tendo em vista que a violação aos mencionados princípios culminará na ilegalidade do ato discricionário.

Trata-se de tema complexo, sendo que muitos militantes da área apresentam resistência quanto à possibilidade de controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário. Contudo, a melhor doutrina e a jurisprudência vêm admitindo que o Poder Judiciário realize o controle de juridicidade e legalidade do mérito do ato administrativo.

Insta destacar que os conservadores defendem a impossibilidade de controle do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário ao argumento de que não é dado a este o poder de reexaminar o mérito do ato administrativo, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes, insculpido no artigo 2º da Constituição da República de 1988.

No transcorrer do presente artigo, será demonstrado que, diferentemente do alegado pela doutrina e jurisprudência tradicional, a análise do mérito do ato administrativo não atenta contra o princípio da separação dos poderes, até porque o texto constitucional em seu artigo 5º, inciso XXXV, *infere* que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Portanto, quando houver lesão ou ameaça a direito, atrairá para o Judiciário o dever de enfrentar o caso, o que inclui a possibilidade de análise do mérito do ato administrativo.

Cabe registrar que a Administração Pública não pode valer de seu poder discricionário para praticar ato que atente contra os princípios constitucionais, até porque discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. O administrador público, como o particular, também deve obediência à Lei, portanto, o Poder Judiciário pode realizar o controle de legalidade e juridicidade do mérito do ato administrativo, para fins de verificar se o ato administrativo está em conformidade com a norma vigente.

## 1 Mérito administrativo

De início, é necessário conceituar o Ato Administrativo, que, para o professor José dos Santos Carvalho Filho (2013, p.101), é “a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob o regime de direito público, visa à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público”. Ou seja, o Ato Administrativo é a exteriorização da vontade do agente público, na qualidade de representante do Ente que representa, sendo que o referido ato visa a produzir efeitos jurídicos para atender a interesse público.

A doutrina aduz que o ato administrativo, para ter validade, deve possuir determinados elementos, quais sejam: competência, finalidade, forma, motivo e objeto, sob pena do ato ser considerado inválido.

O ato administrativo também possui atributos/características que são inerentes aos atos administrativos, sendo que a doutrina majoritária defende que o ato administrativo possui os seguintes atributos: presunção de legalidade, imperatividade, autoexecutoriedade e tipicidade.

Insta destacar que os atos administrativos podem ser vinculados ou discricionários. Nos atos vinculados, o administrador está estritamente vinculado à previsão legal, não tendo margem para realizar a valoração da conveniência e da oportunidade, ou seja, o administrador deve seguir estritamente o que está previsto na lei. Já nos atos discricionários, o administrador possui certa liberdade para a prática do ato, devendo ser observados os limites expressos e implícitos traçados pela lei, bem como a vinculação principiológica, ou seja, trata-se de uma discricionariedade regrada, haja vista que o administrador não pode praticar o ato discricionário segundo seu “bel-prazer”, nem de modo arbitrário, em razão dos limites anteriormente mencionados.

Feitas essas considerações sobre o ato administrativo, passamos a fazer uma breve análise sobre o instituto do mérito administrativo.

Para o saudoso Hely Lopes Meireles (2007, p. 155/156), o mérito administrativo consubstancia-se “na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar”.

O mérito administrativo nada mais é do que o poder conferido pela lei ao administrador para que este decida acerca da conveniência e oportunidade sobre a prática de determinado ato discricionário, ou seja, é conferida ao administrador margem para fazer a avaliação da conveniência e da oportunidade relativas à prática do ato.

Entretanto, há elementos do ato discricionário que são vinculados à previsão legal, quais sejam: a competência, a forma e a finalidade. Quanto a esses elementos, o administrador sempre está vinculado à previsão legal, apesar do ato ser discricionário. O Administrador somente pode avaliar a conveniência e a oportunidade quanto aos elementos motivo e objeto, uma vez que a competência, a forma e a finalidade são sempre vinculadas.

Nesse sentido, advogam Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2008, p. 414):

Nestes atos discricionários, vinculam-se, invariavelmente, à expressa previsão legal:

- a) a competência (qualquer que seja a espécie do ato, somente poderá ser validamente praticado por aquele a quem a lei confira tal atribuição);
- b) a forma (uma vez prevista em lei, também deve ser estritamente observada pelo administrador, sob pena de ter-se declarada a nulidade ao ato); e
- c) a finalidade (esta, por óbvio, jamais discricionária, uma vez que a finalidade de qualquer ato sempre será o interesse público).

Ante o exposto, conclui-se que o Administrador, ao praticar o ato discricionário, possui liberdade para realizar a avaliação da conveniência e da oportunidade, desde que essa valoração se dê nos limites expressos ou implícitos contidos na Lei e/ou em consonância com os princípios fundamentais. Portanto, apesar da discricionariedade para a prática do ato, o Administrador não possui discricionariedade ilimitada, ou seja, discricionariedade sem controle, tendo em vista que a valoração para a prática do ato deve se dar dentro dos limites expressos ou implícitos da lei, bem como estar vinculada aos princípios que regem a atividade administrativa.

Na atual conjuntura, não é admitido ao administrador praticar ato discricionário ou vinculado sem fundamentação, com base em alegações vagas ou ambíguas, sob pena dos atos praticados com essas anomalias atentarem contra os princípios fundamentais da Constituição da República de 1988. Nesse sentido, advoga o mestre Juarez Freitas (2010, p. 32):

Desse modo, para ilustrar, anulações e revogações, atos vinculados e discricionários, já não podem ser levados a termo sem fundamentação lançada no pertinente processo administrativo, muito menos com base em alegações vagas ou ambíguas de interesse público ou simples alusão a dispositivos legais. Com efeito, nas relações de administração, a persistência de fórmulas vazias, maculadas por veemente nulidade, representam a negação dos objetivos fundamentais da República.

O autor continua aduzindo que todos os atos administrativos que afetarem direitos ou interesses legítimos têm de ser levados a efeito com inteiro resguardo no dever de fundamentação consistente no devido processo, antes da tomada da decisão. Ou seja, na prática do ato discricionário ou vinculado, o administrador deve apresentar uma fundamentação consistente e justificável racionalmente, em respeito ao sagrado princípio constitucional do devido processo legal.

Destarte, o Administrador, ao praticar o ato discricionário, deve obediência à lei, bem como aos princípios constitucionais fundamentais que norteiam a atividade administrativa, sob pena do ato praticado ser questionado na via judicial.

Portanto, apesar da liberdade conferida ao Administrador para a prática do ato discricionário, essa liberdade é regrada, pois, para os que defendem o controle do mérito administrativo, a discricionariedade encontra limites explícitos e implícitos fixados pela lei, bem como vinculado aos princípios fundamentais, devendo o ato discricionário ser motivado e justificável racionalmente.

Outrossim, eventual constatação de desproporcionalidade, de desvio de finalidade, de excesso de poder ou de arbitrariedade na prática do ato deve ser objeto de controle pelo Poder Judiciário, até porque não pode ser excluída da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito, em detrimento do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Por fim, cabe registrar que o ato discricionário não pode ser confundido com ato arbitrário, este sempre será inválido. Conforme dito anteriormente, na prática do ato discricionário o administrador possui liberdade para emitir juízo de conveniência e de oportunidade, devendo a prática do ato se dar dentro dos limites expressos ou implícitos traçados pela lei e em observância aos princípios fundamentais.

Feitas essas considerações, adentraremos sobre a possibilidade de controle do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário.

## **2 A possibilidade de controle do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário**

Conforme dito nas notas introdutórias, a melhor doutrina e a jurisprudência têm admitido que o Judiciário realize o controle do mérito do ato administrativo, ao argumento de que o referido controle não viola o princípio da separação dos poderes,

até porque o texto constitucional em seu artigo 5º, inciso XXXV, *infern* que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A tese da possibilidade de controle do mérito administrativo deve prevalecer na atual fase do direito, visto que todos nós devemos obediência à lei, inclusive a Administração Pública. Sendo assim, deve prevalecer o entendimento de que o mérito do ato administrativo (conveniência e oportunidade) pode ser objeto de controle judicial, até porque somente com a análise do mérito do ato administrativo poderá o Judiciário concluir se o ato praticado se deu em razão do interesse público ou se o interesse foi camuflado para beneficiar determinada pessoa.

Na atual conjuntura do Estado Democrático de Direito, não podemos admitir que a Administração ou o particular se blindem com determinadas artimanhas para retirar do Poder Judiciário sua função constitucional na apreciação de “lesão ou ameaça a direito”, até porque todos nós devemos obediência à ordem jurídica. É verdade que a Administração Pública possui discricionariedade para praticar determinados atos, mas a discricionariedade não pode ser ilimitada, devendo todo ato administrativo, vinculado ou não, obedecer à ordem jurídica, sob pena do ato ser declarado nulo por violação às regras ou aos princípios constitucionais que norteiam a atividade administrativa.

Segundo a melhor doutrina, a discricionariedade pode ser conceituada como:

(...) a margem de liberdade de decisão, conferida ao administrador pela norma de textura aberta, com o fim de que ele possa proceder, mediante a ponderação comparativa dos interesses envolvidos no caso específico, à concretização do interesse público ali indicado, para, à luz dos parâmetros traçados pelos princípios constitucionais da Administração Pública e pelos princípios gerais de Direito e dos critérios não positivados de conveniência e de oportunidade: 1º) complementar, mediante valoração e aditamento, os pressupostos de fato necessários à edição do ato administrativo; 2º) decidir se e quando ele deve ser praticado; 3º) escolher o conteúdo do ato administrativo dentre mais de uma opção igualmente pré-fixada pelo Direito; 4º) colmatar o conteúdo do ato, mediante a configuração de uma conduta não pré-fixada, porém aceita pelo Direito (MORAES, 2004, p. 42).

Dessa forma, o Judiciário poderá verificar se o administrador, ao praticar determinado ato que lhe permite atuar com discricionariedade, observou os princípios fundamentais, como, por exemplo: obediência aos princípios da moralidade, impessoalidade, publicidade, probidade, eficiência, proporcionalidade, razoabilidade, entre outros.

A melhor jurisprudência tem admitido o controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário, ao argumento de que todo ato administrativo deve ser submetido ao crivo do Poder Judiciário para análise à legalidade, proporcionalidade, razoabilidade, ou se ocorreu desvio de finalidade, haja vista que a violação a estes princípios ou aos demais princípios correlatos à atividade administrativa culminará na ilegalidade do ato que foi praticado sob o manto da “conveniência e da oportunidade”.

Para o professor Juarez Freitas, o ato administrativo discricionário ou vinculado “encontra-se vinculado cogentemente ao direito fundamental à boa administração pública”, tornando-se a administração eficiente, eficaz, bem como cumpridora de seus deveres com a transparência, a motivação, a imparcialidade e o respeito à moralidade. Portanto, tanto o ato administrativo vinculado como o ato discricionário encontram-se vinculados aos princípios fundamentais. Logo, diante da vinculação dos atos discricionários aos princípios fundamentais, pode-se concluir que o mérito dos atos administrativos (ato discricionário) deve ser objeto de controle jurisdicional, devendo o Judiciário investigar se o ato, objeto de análise, foi praticado em sintonia com os princípios fundamentais da Administração Pública.

Quanto à possibilidade de controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário, já decidiu o Egrégio Tribunal Regional Federal da Primeira Região – TRF1. Vejamos:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO ÉTICO-DISCIPLINAR. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA. *POSSIBILIDADE DE REVISÃO JUDICIAL PELA DESPROPORCIONALIDADE DA PENA APLICADA*. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. 1 - Os apelantes receberam pena de censura mediante publicação em órgão oficial. A publicação, entretanto, não ocorreu por força de medida cautelar que o juízo de origem concedeu ao despachar a petição inicial. Portanto, a penalidade que se busca anular ainda não foi executada. 2 - Inexistência de cerceamento de defesa porque não há qualquer requerimento dos ape-

lantes nos autos do procedimento administrativo em ver ouvidas testemunhas de seu interesse. A Comissão de Ética foi quem arrolou o testemunho do chefe de reportagem, da jornalista e da editora de periódico que publicou matéria com conteúdo alegadamente antiético. Essas pessoas foram notificadas em via postal (fls. 98/102), no entanto não compareceram à audiência, segundo termo de deliberação de fls. 103. 3 - *Quanto à pena aplicada, tenho que ao Judiciário cabe sua revisão sob o crivo da legalidade e da proporcionalidade ou razoabilidade, como tem decidido esta Corte* (AC 2001.01.00.038483-6/MG, Maria do Carmo Cardoso, 8ª T., 30/11/2010; (AC 1999.01.00.016085-5/AP, Flavio Dino, 2ª TS, 16/6/2005). 4 - (...) 5 - *Apelação parcialmente provida para reconhecer a desproporcionalidade na pena aplicada aos apelantes, que fica convolada em censura reservada, e declarar a sucumbência recíproca.* (AC 0001146-14.2005.4.01.3500 / GO, Rel. JUIZ FEDERAL MARCELO DOLZANY DA COSTA, 2ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 p.403 de 18/09/2013). (Grifos).

O Colendo Superior Tribunal da Cidadania – STJ também já enfrentou a matéria manifestando pela possibilidade do Judiciário examinar o controle do mérito do ato administrativo, vez que a Administração deve se submeter ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade. Senão, vejamos:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.

1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo.
2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la.
3. *O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.*
4. Outorga de tutela específica para que a Admi-

nistração destine do orçamento verba própria para cumpri-la. 5. Recurso especial provido.” (STJ, SEGUNDA TURMA, REsp 429570 / GO ; Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ 22.03.2004 p. 277 RSTJ vol. 187 p. 219) (grifos).

A melhor doutrina também é no sentido de que o Poder Judiciário deve realizar o controle do mérito administrativo, no que tange à observância aos princípios norteadores da atividade administrativa, bem como em observância à ordem vigente. Nesse sentido, advoga o professor Juarez Freitas (2010, p.388-389):

*A discricionariedade, no Estado Democrático (quer dos atos administrativos, que dos atos judiciais), está sempre vinculada ao primado dos princípios, objetivos e direitos fundamentais, sob pena de se traduzirem em arbitrariedade proibida e minar os limites indispensáveis à liberdade de conformação, a saber, racional característica fundante do Direito. [...] Numa visão sistemática consentânea com o novo conceito de Direito Administrativo e com a supremacia da ordem constitucional, o mérito do ato, por via reflexa, pode ser inquirido (efetuado o controle de demérito ou de arbitrariedade por ação ou omissão).*

Na mesma direção, corrobora o mestre José de Alfredo de Oliveira Baracho (1997, p. 398/402):

Os princípios de interdição à arbitrariedade, os princípios da razoabilidade, da racionalidade, da proporcionalidade constituem um marco constitucional, isto é, exigência constitucional sob o atuar administrativo. Pode-se deduzir que o controle jurisdicional para a verificação da decisão discricionária tem esse objetivo de responder aos interesses gerais, por meio de controle de existência da motivação, da coerência e da lógica, examinando-se a relação entre a decisão administrativa e a realidade (...) A decisão responde a interesses gerais, não é arbitrária, desde que a escolha realizada pela Administração entre as diversas alternativas passíveis de ser seguidas esteja baseada em critérios políticos, étnicos, econômicos, sociais, da economicidade, entendidos de conformidade com pressupostos dos princí-

pios; em todas essas situações deve-se garantir ao cidadão a tutela judicial efetiva.

O professor Juarez Freitas aduz, ainda, que, em um Estado Democrático de Direito, deve ser assegurado ao cidadão o direito fundamental a uma administração pública transparente, direito fundamental ao contraditório, direito fundamental à administração pública imparcial e proba, bem como o direito fundamental à administração pública eficiente, podendo tais garantias serem retiradas do artigo 37 da Constituição da República de 1988, bem como de outros dispositivos do texto constitucional. Essas garantias visam a assegurar ao administrado uma Administração Pública transparente e eficiente, portanto, é necessário assegurar garantias de controle para fins de avaliação dos atos praticados pelo administrador, seja um ato vinculado ou discricionário, tudo isso com vistas a coibir a tirania do administrador mal-intencionado.

O controle do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário é de suma importância para fins de alcançar a transparência e eficiência dos atos administrativos, especialmente dos atos discricionários, pois, em razão da subjetividade desses atos, o administrador mal-intencionado pode “criar um interesse público” visando a satisfazer seus interesses pessoais ou de terceiros e não com base no interesse público da coletividade. Sendo assim, faz-se necessário o controle do mérito dos atos discricionários, pois somente adentrando no mérito administrativo será possível ao Judiciário analisar eventual desvio de finalidade, desproporcionalidade, excesso de poder e/ou arbitrariedade perpetrado pelo administrador.

Tecidas essas considerações, conclui-se que, em face do preceito contido no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República de 1988, “todo e qualquer ato administrativo causador de lesão a direito é suscetível de controle jurisdicional não apenas no aspecto da legalidade, mas também de juridicidade”<sup>1</sup>, o que inclui a possibilidade de controle do mérito do ato administrativo, pois, em que pese a margem de liberdade conferida ao administrador, este deve obedecer ao ditames legais, sob pena do ato ser declarado nulo pelo Poder Judiciário.

---

<sup>1</sup> OLIVEIRA, Cristiano. Devido Processo e Controle de Juridicidade do Mérito do Ato Administrativo. Revista Eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas Serro - ISSN: 2176-977X - p. 98.

Na atual conjuntura, o controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário é de suma relevância, uma vez que não há mais espaço para atos secretos ou inquestionáveis, pois, como regra geral, o administrado tem direito fundamental a uma administração pública transparente.

Com amparo no direito fundamental à administração pública transparente, deve prevalecer o entendimento que admite o controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário, tendo em vista que somente com a análise do mérito administrativo é possível descobrir se o ato foi praticado visando a alcançar o verdadeiro interesse público ou se ocorreu desvio de finalidade, excesso de poder, desproporcionalidade, arbitrariedade, bem como violação a outras garantias constitucionais.

Conforme dito anteriormente, nos atos discricionários o administrador possui certa liberdade quanto à valoração da conveniência e da oportunidade; entretanto, essa liberdade encontra limites expressos ou implícitos na ordem vigente, sendo que se a lei não traçar os limites, mesmo assim o ato discricionário encontra limites nos princípios fundamentais, devendo eventual violação a esses limites ser objeto de apreciação pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, todo ato que não obedecer aos referidos limites será considerado arbitrário, devendo ser declarado nulo pelo Poder Judiciário, até porque, na atual conjuntura jurídica, somente será admitida a prática de ato discricionário dentro dos limites razoáveis e justificáveis racionalmente, não sendo admitidas, portanto, motivações desamparadas de fundamentação consistente.

Assim sendo, por força do que dispõe o artigo 93, inciso X, da Constituição da República de 1988, todas as decisões administrativas, vinculadas ou não, necessitam ser rigorosamente motivadas. Nesse sentido, advoga Juarez Freitas (2010, p. 371): “De sorte que não se aceita a figura de decisão administrativa completamente insindicável, uma vez que a motivação há de indicar, de modo suficiente, os fundamentos da juridicidade da escolha realizada”. Tudo isso, em respeito ao vinculante direito fundamental à boa administração pública.

Por derradeiro, apenas para fins de elucidação, mesmo para aqueles que alegam eventual conflito entre o princípio da separação dos poderes e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, este conflito deve ser resolvido pela técnica da ponderação na aplicação dos princípios, desenvolvida pelo alemão *Robert Alexy*, tendo a melhor doutrina nacional, bem como a *jurisprudência dominante acampado sua tese*. Tal método de in-

*interpretação principiológica visa a adequar os princípios a cada caso concreto, objetivando impedir a supremacia de determinado princípio.*

Segundo Alexy, o julgador deve buscar uma decisão “racional” diante de conflitos entre princípios constitucionais que asseguram direitos e garantias fundamentais, tendo como parâmetro a análise do princípio da proporcionalidade — que se subdivide em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito — e fazer a opção pelo princípio que contenha o mandamento que proporcione a satisfação de um dever ideal, já que princípios são comandos de otimização e, como tal, pressupõe que algo seja realizado na maior medida possível.

Nesse caso, para Alexy, estamos diante da “lei da ponderação” que consagra que quanto mais alto for o grau de descumprimento de um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro princípio que está em conflito (ou seja, a proporcionalidade em sentido estrito). O detalhe é que para mensurar tal situação é necessária a incidência de uma carga de argumentação (ALEXY, 2008, p. 102).

*Do mesmo modo, advoga Ricardo Maurício Freire Soares (2010, p. 69):*

*O juízo de ponderação é construído a partir da própria concretização do entendimento extraído de um determinado princípio, ocasionando, portanto, a densificação da referida norma in concreto. Desta forma, a prática da ponderação não gera a desqualificação e não nega a validade de um princípio preterido, mas, tão-somente, em virtude do peso menor apresentado em determinado caso, terá a sua aplicação afastada, não impedindo, portanto, a sua preferência pelo jurista em outra lide (Grifos)*

Ante o exposto, conclui-se que os princípios, mesmo aqueles de índole constitucional, não são supremos, cabendo unicamente ao intérprete fazer a adequação/ponderação no momento da aplicação dos princípios que estejam em conflito, para saber qual princípio deve sobressair.

Portanto, mesmo para aqueles que alegam eventual violação ao princípio da separação dos poderes quando do controle do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário, tal violação não se consuma, visto que, nesse caso, no máximo ocorreria um conflito entre o princípio da separação dos poderes e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Tal conflito deve ser resolvido pela técnica da ponderação para, no caso em análise, afastar a aplicação do princípio da separação dos poderes, devendo sobressair o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, *até porque toda lesão ou ameaça a direito deve ser submetida ao crivo do Judiciário*.

Por fim, cabe consignar que somente se o Judiciário adentrar no mérito administrativo, saberá se o administrador praticou o ato visando ao interesse público ou se o ato foi camuflado para atingir interesses escusos. Desse modo, o ato discricionário não pode ficar inume ao controle jurisdicional, pois, do contrário, tornaria "terra fértil" para administradores desonestos, vez que tais administradores praticariam o ato disfarçado de "legalidade", ou seja, camuflado, na certeza de que tais atos não poderiam ser objeto de controle jurisdicional, pois não seria permitido ao Judiciário imiscuir-se no controle do mérito administrativo.

Dessa maneira, resta justificada a necessidade do controle jurisdicional para coibir eventuais abusos perpetrados pelo administrador. Nessa direção, corrobora Edimur Ferreira de Faria (2011, p. 235):

A doutrina e a jurisprudência, sempre procurando compatibilizar os anseios sociais com o direito posto, desenvolveram teorias justificando a interferência da discricionariedade, visando a coibir os abusos que os administradores praticam escudados na liberdade conferida pela lei.

Assim sendo, justifica-se a necessidade de controle do mérito do ato administrativo, não podendo ser aceita uma discricionariedade imune ao controle jurisdicional, ou seja, não mais é aceito ato administrativo exclusivamente político, ausente de motivação e fundamentos consistentes acerca da escolha realizada.

Cabe registrar, ainda, que o controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário (sindicabilidade) visa a efetivar o direito fundamental "à boa administração pública", fazendo com

que a discricionariedade excessiva, abusiva e arbitrária seja afastada através do controle jurisdicional.

Por tudo que foi exposto ao longo deste texto, conclui-se que o Poder Judiciário pode até não ter o poder de afirmar positivamente como o administrador deve comportar-se, mas, sem dúvida, está obrigado a dizer como o administrador não deve agir (desvio de finalidade, excesso de poder, desproporcional, arbitrariedade, etc.), haja vista que a administração pública está vinculada ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade administrativa, logo, o administrador deve apresentar motivação convincente quanto à escolha realizada.

## **Conclusão**

À luz dos argumentos expostos no decorrer do presente artigo, pode-se concluir que assiste razão à melhor doutrina e jurisprudência que admitem o controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário, tendo em vista que o próprio texto constitucional, em seu artigo 5º, inciso XXXV, aduz que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Somente com a admissão do controle do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário será possível vislumbrar se o ato foi praticado com desvio de finalidade, excesso de poder, desproporcional ou com arbitrariedade.

Ademais, um ato administrativo praticado em desarmonia com os princípios constitucionais merece o devido controle do Poder Judiciário, devendo este Poder realizar a sindicabilidade do ato questionado, pois, conforme proposto ao longo deste artigo, toda lesão ou ameaça a direito deve ser submetida ao crivo do Poder Judiciário. Com isso, não é possível falar em violação ao princípio da separação dos poderes quando do controle do mérito do ato administrativo, uma vez que todos devem obediência à Lei, inclusive a Administração Pública.

Na atual conjuntura jurídica, é de suma importância o controle do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário, devendo ser prestigiado o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, princípio este de índole constitucional, em detrimento de suposta violação ao princípio da separação dos poderes.

E mais: retirar do Poder Judiciário o controle do mérito administrativo é algo temerário, haja vista que a vedação do Judiciário em realizar a sindicabilidade do mérito administrativo se

tornaria “terra fértil” para administradores mal-intencionados praticarem ato camuflado, visando a alcançar interesses escusos e não o interesse público, vez que o administrador desonesto teria a certeza que o ato contaminado em razão do interesse escuso não seria objeto de controle jurisdicional ao inaceitável argumento de que seria vedado ao Judiciário adentrar no mérito administrativo.

Assim sendo, pode-se concluir que, quando o administrador, ao praticar o ato discricionário, extrapolar os limites explícitos e implícitos contidos na lei, bem como os limites fixados pelos princípios constitucionais fundamentais, tal ato estará eivado de nulidade, atraindo para o Poder Judiciário o dever de controlá-lo, caso seja provocado.

## Referências

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado** – 16. ed. Ver. E atual – São Paulo, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Atos administrativos: elementos poder discricionário e o princípio da legalidade, limites da convalidação, forma de exercício**. Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, v. 13, n. 7, jul. 1997.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Controle do mérito do ato administrativo pelo judiciário**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FREITAS, Juarez. **O controle dos**

**atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. Dialética: Rio Grande do Sul, 2004.

OLIVEIRA, Cristiano. **Devido Processo e Controle de Juridicidade do Mérito do Ato Administrativo**. Revista Eletrônica do Curso de Direito - PUC Minas Serro - ISSN: 2176-977X.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.

# A jornada de trabalho dos detentores de cargos públicos privativos de advogados

**Márcio Berto Alexandrino de Oliveira**

*Bacharel em Direito pela Universidade*

*Vale do Rio Doce/UNIVALE*

*Especialista em Direito Processual pela PUC/Minas*

## RESUMO

Conforme restou demonstrado no presente estudo, a jornada de trabalho dos cargos públicos privativos de advogado, seja detentor de cargo efetivo ou comissionado/contratado, deve ser aquela fixada em norma do Ente Político ou, em caso de ausência normativa, observar-se-á a jornada de trabalho fixada pela Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, a qual dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, visto que todos os atos da Administração devem ser praticados em obediência ao princípio da legalidade. Sendo assim, não pode a Administração fixar a jornada de trabalho daquele que exerce cargo privativo de advogado ao seu alvedrio, uma vez que a carga horária deve ser aquela prevista em lei autorizativa do Ente ou no Estatuto da OAB, não sendo permitida a fixação por decreto, portaria ou em outro instrumento infralegal, sob pena de o ato ser declarado irregular, podendo, inclusive, o gestor ser responsabilizado pessoalmente pela prática de ato de improbidade administrativa, por manifesta inobservância ao princípio da legalidade administrativa previsto no *caput* do artigo 37 da Lei Maior.

Palavras-chave: Legalidade estrita. Probidade administrativa. Jornada de trabalho. Estatuto da OAB.

## ABSTRACT

As demonstrated in the present study, the hours of operation of public private positions of lawyers, whether in office or commissioned/contracted, must be the one established in the policy of the Political Entity or, in case of normative absence, the working day will be observed of work instituted by Law 8.906, of July 4, 1994, which

provides for the Statute of Advocacy and OAB, since all the acts of the Administration must be practiced in compliance with the principle of legality. Therefore, the Administration cannot set the working hours of those who exercise the private function of a lawyer at their residence, since the workload must be the one provided for in the law that authorizes the Entity or in the OAB Statute, and the setting is not fixed by permitted decree, ordinance or other infralegal instrument, under penalty of irregularity of the act, and the administrator may also be held personally responsible for the practice of an act of administrative improbity, for manifest breach of the principle of administrative legality provided for in the caput of article 37 of the Major Law.

Keywords: Strict legality. Administrative probity. Working hours. OAB Statute.

## Introdução

O presente artigo tem como objetivo fazer um estudo sobre a jornada de trabalho dos detentores de cargos públicos privativos de advogado, seja cargo efetivo ou comissionado/contratado, pois, em muitos casos, o agente público, detentor de cargo comissionado privativo de advogado público, tem carga horária além da prevista em Lei ou até mesmo jornada indeterminada, ao fundamento de que o exercente de cargo comissionado, mesmo sendo privativo de advogado, deve exercer uma jornada de trabalho ilimitada.

Insta salientar que o ato administrativo é “a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob o regime de direito público, visa à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público”, conforme ensina o administrativista José dos Santos Carvalho Filho (2013, p. 101). No entanto, em toda e qualquer exteriorização de vontade do agente público deve se dar em obediência ao que dispuser a norma vigente, em homenagem ao princípio constitucional da legalidade administrativa, pressuposto este inafastável, pois é requisito para a validade do ato administrativo.

Caso o administrador pratique um ato administrativo em desarmonia com os princípios constitucionais, notadamente o princípio da legalidade, deve o Poder Judiciário realizar a sindicabilidade do ato praticado em desconformidade, até porque toda lesão ou ameaça a direito deve ser submetida ao crivo do Judiciário, conforme assegura o inciso XXXV do artigo 5º da

Constituição de 1988, não podendo falar em violação ao princípio da separação dos Poderes da República, haja vista que todos devem obediência à Lei, especialmente a Administração Pública, visto que esta somente pode fazer o que estiver previsto em lei, em respeito ao princípio constitucional da legalidade estrita.

Retirar do Poder Judiciário a possibilidade de controlar o mérito administrativo é algo temerário, além de ser um atentado ao Estado Democrático de Direito, tendo em vista que a vedação do Judiciário em realizar a sindicabilidade do mérito administrativo se tornaria “terra fértil” para administradores mal-intencionados praticarem ato camuflado, visando a alcançar interesses escusos e não o interesse público tutelado pelo ordenamento jurídico, vez que o administrador desonesto teria a certeza de que o ato contaminado em razão do interesse escuso do gestor não seria objeto de controle jurisdicional, ao inaceitável argumento de que seria vedado ao Judiciário adentrar no mérito administrativo.

O Poder Judiciário pode até não ter o poder de afirmar positivamente como o administrador deve comportar-se, mas, sem dúvida, está obrigado a dizer como o administrador não deve agir (desvio de finalidade com o ato praticado, excesso de poder, desproporcional, arbitrariedade, etc.), haja vista que a administração pública está vinculada ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade administrativa.

Feitas essas considerações introdutórias, em seguida serão abordados os princípios da Administração Pública, bem como a jornada de trabalho do detentor de cargo privativo de advogado efetivo ou comissionado/contratado.

## **1 Os princípios da administração pública**

Os princípios ao lado das regras são espécies do gênero normas jurídicas, portanto, merecem a devida atenção por parte dos estudiosos do direito, eis os ensinamentos do administrativista José dos Santos Carvalho Filho (2018, p. 19):

As regras são operadas de modo disjuntivo, vale dizer, o conflito entre elas é dirimido no plano da validade: aplicáveis ambas a uma mesma situação, uma delas apenas a regulará. Atribuindo-se à outra o caráter de nulidade. Os princípios, ao revés, não se excluem do ordenamento jurídico na hipótese de conflito: dotados que são de determinado valor ou razão, o conflito entre

eles admite a adoção do critério da ponderação de valores (ou ponderação de interesses), vale dizer, deverá o intérprete averiguar a qual deles, na hipótese sub examine, será atribuído grau de preponderância.

O jurista português José Joaquim Gomes Canotilho entende que “os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, e permitem o balanceamento de valores e interesses, consoante seu peso e a ponderação com outro princípio eventualmente conflitante” (CANOTILHO, 2003, p.1161-1162).

Os princípios básicos da Administração estão previstos no *caput* do artigo 37 da Constituição Republicana de 1988, que estabelece que a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios deverá obedecer aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

Além desses princípios, a Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da República deverá obedecer a outros princípios, entre eles os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da supremacia do interesse público, da autotutela, da indisponibilidade de interesse público, da continuidade dos serviços públicos, da segurança jurídica, da precaução e da motivação dos atos administrativos, os quais, apesar de não estarem expressando contidos no artigo 37 do Texto Constitucional, também são de extrema relevância para a regularidade dos atos administrativos, até porque a violação desses princípios também pode resultar na nulidade do ato praticado em desconformidade.

Dentre todos os princípios inerentes à Administração Pública, entendo que o princípio da legalidade é o de maior envergadura, pois a legalidade administrativa é uma garantia do cidadão contra a tirania do Poder Estatal, funcionando “como fundamento e limite de todo funcionamento do Estado” (MENDES, 2017, p. 887), o que demonstra a importância do princípio da legalidade administrativa frente aos demais princípios jurídicos.

Entre os princípios da Administração Pública, o da legalidade está no ápice da escala axiológica do ordenamento jurídico, ou seja, trata-se de princípio de maior envergadura, portanto, merece o devido respeito por parte dos administradores. Com isso, todas as condutas dos agentes do Estado devem

estar previamente estabelecidas em lei, sob pena de o ato administrativo ser declarado ilegal, podendo, inclusive, o gestor ser responsabilizado pessoalmente por ato de improbidade administrativa.

Cabe registrar que a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), em seu artigo 4º, estabelece que “Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos”.

Dessa maneira, diante da violação de um dos princípios retromencionados, em tese, poderá o Gestor responder por ato de improbidade, notadamente quando pratica determinado ato sem respaldo legal, tendo em vista que o artigo 11 da Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, preceitua que “constituiu ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições”.

O administrador pode até não concordar com as disposições contidas na norma vigente, todavia, não lhe resta alternativa senão praticar o ato administrativo em estrita obediência ao que está previamente fixado na norma criada pelo legislador democraticamente eleito pelo povo, pois a legalidade é princípio matriz de todos os atos da Administração Pública, dela não podendo o administrador desgarrar, sob pena de ser severamente responsabilizado pessoalmente por praticar ato administrativo ao arpejo da previsão legal.

O administrador público deve repensar o alcance e a importância do princípio da legalidade administrativa, visto que, em várias oportunidades, o gestor age como se particular fosse, o que tem resultado em diversas ações de improbidade administrativa por violação às disposições contidas no artigo 11 da Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, até porque todos os atos administrativos somente podem ser praticados de acordo com a lei; em contrapartida, os particulares podem fazer tudo o que não for proibido pelo ordenamento jurídico vigente.

Muitas vezes, o administrador público é condenado pelo fato de ter praticado o ato administrativo como se um particular fosse, condenação mais do que acertada, haja vista que tal tipo de comportamento é reprovado pelo ordenamento jurídico.

O administrador tem que entender definitivamente que o órgão público não é a extensão de sua residência ou de sua

empresa. Nesses locais, o gestor está autorizado a fazer tudo o que não for vedado pelo ordenamento jurídico. Não há dúvida de que a legalidade administrativa guiará todos os comportamentos do administrador, de um simples ato até a mais complexa decisão a ser proferida pela Administração Pública, pois a legalidade administrativa está no ápice da escala axiológica entre os princípios administrativos, merecendo, portanto, a devida observância e efetividade.

O legislador, ao instituir o princípio da legalidade administrativa, almejou afastar eventuais comportamentos tiranos e pessoais do agente público no exercício do cargo público, os quais eram marcas impregnadas do regime jurídico anterior, onde o aparelhamento estatal estava para satisfazer os interesses pessoais do detentor do cargo, ao invés de servir aos anseios e às necessidades dos cidadãos, especialmente para as pessoas mais necessitadas.

Entretanto, mesmo depois de transcorridos mais de 32 anos da promulgação da Constituição Republicana de 1988, ainda nos deparamos com agentes públicos que agem com a coisa pública como se particular fosse, em total desrespeito aos princípios constitucionais, especialmente os princípios da legalidade e da isonomia, merecendo a devida repulsa por parte de todos nós.

Neste estudo, não será feita uma abordagem minuciosa de cada princípio inerente à Administração Pública, por não se tratar do ponto central do estudo; reserva-se a analisar a jornada de trabalho dos detentores de cargos privativos de advogado lotado em órgão público.

Este estudo terá como base de sustentação a Constituição Republicana de 1988, notadamente os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, contidos no artigo no *caput* do 37 da Lei Maior, até porque todo estudo jurídico deve ter como ponto de partida as normas constitucionais, em razão de sua força normativa e supremacia frente às demais normas.

## **2 A jornada de trabalho dos detentores de cargos públicos privativos de advogados**

De início, cabe registrar que o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994), em seu artigo 20, estabelece que a carga horária do advogado, em regra, é quatro horas contínuas e a vinte horas semanais, salvo

acordo ou convenção coletiva ou em caso de dedicação exclusiva, *in verbis*:

Art. 20. A jornada de trabalho do advogado empregado, no exercício da profissão, não poderá exceder a duração diária de quatro horas contínuas e a de vinte horas semanais, salvo acordo ou convenção coletiva ou em caso de dedicação exclusiva.

§ 1º Para efeitos deste artigo, considera-se como período de trabalho o tempo em que o advogado estiver à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, no seu escritório ou em atividades externas, sendo-lhe reembolsadas as despesas feitas com transporte, hospedagem e alimentação.

§ 2º As horas trabalhadas que excederem a jornada normal são remuneradas por um adicional não inferior a cem por cento sobre o valor da hora normal, mesmo havendo contrato escrito.

Destarte, a jornada do agente público que exerce cargo privativo de advogado, seja ele comissionado, efetivo ou contratado, não pode exceder a quatro horas diárias e a vinte horas semanais, salvo se existir lei autorizativa transformando o cargo privativo de advogado como de dedicação exclusiva, devendo, ainda, ser fixada a carga horária, lembrando que a dedicação exclusiva proíbe o advogado de prestar serviços jurídicos para terceiros estranhos ao órgão em que esteja lotado.

Em vários Entes Públicos, o advogado público desempenha jornada de trabalho superior a quatro horas diárias e a vinte horas semanais; entretanto, a jornada majorada é fixada em Lei, como é o caso dos Advogados da AGU (Advocacia-Geral da União), que tem a jornada de trabalho fixada pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, o que não é admitido é o advogado público exercer jornada de trabalho superior a quatro horas diárias sem lei autorizativa.

Mesmo nos casos de cargos comissionados privativos de advogado, não pode a Administração fixar a jornada aleatoriamente, até porque o Estatuto da OAB regulamenta a jornada de trabalho do advogado, não fazendo distinção entre advogado empregado, detentor de cargo efetivo, detentor de cargo comissionado. Logo, não pode o intérprete fazer a distinção a seu bel-prazer, pois não tem legitimidade e competência para tanto.

Segundo o jurista Lenio Luiz Streck, o Direito é o resultado de uma construção coletiva, intersubjetiva, e não o produto da consciência individual ou de um colegiado. O mesmo autor continua aduzindo que “a legitimidade jurídica num ambiente democrático requer outra justificação, que inclui, sobretudo, o respeito aos limites semânticos dos textos constitucionais/legais” (STRECK, 2014, p. 176).

Dessa maneira, pode-se concluir que o advogado detentor de cargo comissionado deve executar a jornada prevista no artigo 20 do Estatuto da OAB, salvo se existir lei autorizativa no Ente que o agente público esteja lotado, visto que o Estatuto da OAB não excepciona o advogado detentor de cargo comissionado/contratado, não podendo o intérprete, ao seu alvedrio, criar exceções não previstas pelo legislador eleito democraticamente pelo povo.

Vale destacar que eventual norma jurídica que disciplina a carga horária dos advogados públicos deve tratar todos de maneira uniforme, ou seja, todos devem ter a mesma jornada de trabalho, em homenagem ao princípio constitucional da *isonomia*<sup>1</sup>.

Insta salientar que, não havendo lei autorizativa, a jornada de trabalho do detentor de cargo privativo de advogado deve ser nos moldes fixados no artigo 20 da Lei nº 8.906, de 04 de julho de 1994, vez que a Administração Pública, diferentemente do particular, deve praticar seus atos em consonância com o que estiver previamente estabelecido em lei, em respeito ao princípio da legalidade estrita, o qual consiste na ideia de que todo e qualquer ato que emane da Administração Pública deve ter amparo legal, sob pena de declaração de nulidade do ato e responsabilização pessoal daquele que praticou a irregularidade.

Veja as precisas palavras do saudoso administrativista Hely Lopes Meireles (2009, p. 89) acerca do princípio da legalidade na Administração Pública:

A legalidade, como princípio da administração, significa que o administrador público está, em

<sup>1</sup> Adverte Celso Antônio Bandeira de Mello que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações benéficas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. (Curso de Direito Administrativo, 15ª ed., Malheiros, 2003, cap. II, pág. 104).

toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil, criminal, conforme o caso.

Como é de conhecimento geral, todo e qualquer ato administrativo deve ser praticado em observância ao princípio da legalidade, isto é, a Administração Pública somente pode praticar seus atos com base nas disposições contidas em texto normativo prévio ao ato administrativo a ser praticado, que inclui a jornada de trabalho dos servidores públicos, pois o administrador não está autorizado a fixar jornada de trabalho de acordo com suas conveniências.

Em todo e qualquer ato administrativo, o agente público deve obediência ao princípio da legalidade administrativa, em observância à determinação contida no *caput* do artigo 37 do Texto Constitucional, até porque o princípio da “legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração” (CARVALHO FILHO, 2018, p. 20), não existindo discricionariedade do administrador para praticar o ato administrativo de modo diverso do previsto em lei.

Como dito linhas anteriormente, o Administrador Público dispõe da prerrogativa da discricionariedade para organização e funcionamento da administração, o que inclui a mudança de lotação de servidor e horário de funcionamento da repartição pública. Todavia, a discricionariedade conferida pela lei ao administrador para organizar o funcionamento da máquina pública não é ilimitada, conforme pensam alguns, tratando-se de uma discricionariedade regrada, haja vista que o administrador não pode praticar o ato discricionário a seu “bel-prazer”, nem de modo arbitrário, em razão dos limites expressos e implícitos traçados pela norma jurídica.

Nas palavras do jurista Waldo Fazzio Júnior, a discricionariedade administrativa refere-se à conveniência ou oportunidade e está sujeita à legalidade. Os atos discricionários, de certa forma, são também vinculados, porque jungidos à sua motivação. Depois, sua finalidade está prevista em lei, certo que se trata de requisito do ato administrativo, de natureza vinculada (FAZZIO JÚNIOR, 2016, p. 329).

Para o professor Juarez Freitas, o ato administrativo discricionário ou vinculado “encontra-se vinculado cogentemente ao direito fundamental à boa administração pública”, tornando-se

a administração eficiente, eficaz, bem como cumpridora de seus deveres com a legalidade, a transparência, a motivação, a imparcialidade e o respeito à moralidade. Portanto, tanto o ato administrativo vinculado como o ato discricionário encontram-se vinculados aos princípios fundamentais.

Dessa maneira, diante da vinculação dos atos discricionários aos princípios fundamentais contidos na Constituição Republicana de 1988, pode-se concluir que o mérito dos atos administrativos (ato discricionário ou vinculado) deve ser objeto de controle jurisdicional, devendo o Judiciário investigar se o ato, objeto de análise, foi praticado em sintonia com os princípios fundamentais da Administração Pública, especialmente o princípio da legalidade administrativa.

O Superior Tribunal de Justiça tem decidido que é possível o controle do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário, vez que a Administração deve se submeter ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade, o que demonstra que a discricionariedade administrativa não é ilimitada. Eis a ementa de um julgado neste sentido :

Administrativo e Processo Civil – Ação Civil Pública – Obras de Recuperação em prol do Meio Ambiente – Ato Administrativo Discricionário.

*1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo.*

*2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la.*

*3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.*

*4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la.*

*5. Recurso especial provido.” (STJ, Segunda Turma, REsp 429570/GO; Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 22.03.2004 p. 277 RSTJ vol. 187 p. 219). (Grifos).*

A melhor doutrina tem defendido que o Poder Judiciário deve realizar o controle do mérito administrativo, no que tange à observância aos princípios norteadores da atividade administrativa, bem como em observância à ordem vigente. Nesse sentido, ensina o professor Juarez Freitas (2010, p.388-389), aduzindo que:

A discricionariedade, no Estado Democrático (quer dos atos administrativos, quer dos atos judiciais), está sempre vinculada ao primado dos princípios, objetivos e direitos fundamentais, sob pena de se traduzirem em arbitrariedade proibida e minar os limites indispensáveis à liberdade de conformação, a saber, racional característica fundante do Direito. [...] Numa visão sistemática consentânea com o novo conceito de Direito Administrativo e com a supremacia da ordem constitucional, o mérito do ato, por via reflexa, pode ser inquirido (efetuado o controle de demérito ou de arbitrariedade por ação ou omissão).

Dessa maneira, em respeito aos princípios fundamentais da Administração Pública, em especial ao princípio da legalidade administrativa, a Administração não pode, sem lei autorizativa, regulamentar o cargo privativo de advogado como de dedicação exclusiva, fixar a jornada de trabalho superior a quatro horas diárias, vez que todo e qualquer ato da Administração deve ter previsão em lei, sob pena de nulidade absoluta, pois a inobservância ao princípio da legalidade trata-se de vício intransponível.

Cabe consignar que o detentor do cargo exclusivo fica à disposição da Administração Pública, podendo ser requisitado a qualquer momento para atender a situações excepcionais. Entretanto, não dá direito à Administração exigir que o detentor do cargo comissionado execute jornada indeterminada de trabalho, sob pena de afrontar aos princípios norteadores dos atos da Administração Pública, o que não deve ser aceito no paradigma do Estado Democrático de Direito inaugurado pela Constituição Republicana de 1988, na qual a Administração deve agir sob o viés da legalidade estrita.

Alguns estudiosos do direito partem da premissa equivocada de que o detentor de cargo comissionado, privativo de advogado, tem jornada de trabalho indeterminada, tão somente pelo fato de o cargo ser de recrutamento amplo. Esse entendimento

merece ser revisto urgentemente, visto que o cargo privativo de advogado, seja efetivo ou comissionado, deve ter tratamento diferenciado, por força das disposições contidas do Estatuto da OAB. Em razão das peculiaridades inerentes e inafastáveis aos cargos privativos de advogado, não deve ser aplicada a regra concernente aos demais cargos comissionados, conforme insistem alguns hermeneutas.

No que concerne aos cargos de livre nomeação, o então Ministro do STF, Marco Aurélio Mello, no Processo Administrativo nº 353.132, enfatizou que, independentemente da assunção de cargo em comissão ou de função de confiança, a jornada que extrapolar na lei que regulamenta a atividade deve ser remunerada como extraordinária, conforme trecho do voto, ora transcrito:

Nota-se que o percebido em virtude do cargo de provimento em comissão ou de natureza especial visa remunerar não o trabalho extraordinário prestado, mas a responsabilidade maior do cargo ou função, o trabalho de maior valia desenvolvido pelo servidor.

Em outras palavras, a interpretação sistemática da Lei nº 8.112/90 conduz a concluir-se que parcela remuneratória satisfeita em razão de encontrar-se o servidor no cargo de provimento em comissão ou de natureza especial não se refere a trabalho extraordinário. Este deve ser remunerado a partir do que recebido normalmente pelo servidor, observado o quantitativo concernente ao cargo de provimento em comissão como o de natureza especial. A assim não se entender, ter-se-á situação jurídica na qual haverá verdadeira compensação, que, por sinal, pode, em tese, não ser completa, bastando, para tanto, que o pagamento a maior seja insuficiente a cobrir o trabalho extraordinário. Mais do que isso, na alteração da Lei nº 8.112/90 promovida pela Lei nº 8.270/91, dispôs-se que a regência do artigo 19 dela constante não alcança a duração do trabalho fixada em leis especiais.

Do contexto, depreende-se, então, que os servidores protegidos, sob o ângulo da duração do trabalho, por legislação especial estão sujeitos à jornada normal nela prevista, sendo desinfluyente a circunstância de virem a exercer cargo em comissão ou função de confiança, no que estes –

repito – geram o direito ao aumento remuneratório tendo em conta não a dilatação da jornada, mas o desempenho de atividade de maior responsabilidade.

Pronuncio-me no sentido de observar-se, independentemente da assunção de cargo em comissão ou de função de confiança, a jornada estabelecida na lei especial de regência da atividade do servidor, remunerando-se, como extraordinárias, as horas de trabalho que a ultrapassarem.<sup>2</sup>

Dessa maneira, o gestor não está autorizado a fixar a jornada de trabalho do detentor de cargo privativo de advogado, seja efetivo ou comissionado/contratado, com fundamento na discricionariedade administrativa, até porque todos os atos da Administração devem ser praticados com base no que estiver previamente fixado em lei aprovado pelo Poder Legislativo, não podendo a jornada de trabalho ser fixada por decreto, portaria ou outro instrumento normativo infralegal, conforme rotineiramente vem acontecendo.

Assim, se o gestor público compelir o detentor de cargo comissionado privativo de advogado a executar carga horária superior à fixada em Lei Autorizativa ou na ausência desta superior à jornada fixada no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, deverá efetuar o pagamento das horas extras laboradas, devendo o gestor ser responsabilizado pessoalmente por determinar o exercício de jornada além da fixada pelo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994).

Nesse contexto, o detentor do cargo efetivo ou comissionado/contratado, cargo privativo de advogado, não pode ter carga horária diária superior a quatro horas contínuas e a vinte horas semanais, salvo se existir lei autorizativa transformando o cargo privativo de advogado como de dedicação exclusiva, com a fixação da carga horária, das atribuições e do vencimento, sob pena de ilegalidade do ato administrativo e responsabilização do gestor público, visto que o gestor público não está autorizado a agir de acordo com suas conveniências e interesses pessoais.

---

<sup>2</sup> STF. Secretaria de Gestão de Pessoas. Processo Administrativo nº 353.132.

## Conclusão

À luz dos argumentos expostos no decorrer do presente artigo, pode-se concluir que os detentores de cargos públicos privativos de advogados, seja cargo efetivo ou comissionado/contratado, em regra não podem ter carga horária diária superior a quatro horas contínuas e a vinte horas semanais, salvo se existir lei autorizativa transformando o cargo comissionado ou efetivo como de dedicação exclusiva. Caso contrário, o administrador estará incorrendo em ilegalidade, pois estará praticando ato sem previsão legal, em total afronta ao princípio da legalidade, o que é gravíssimo.

Sendo assim, a jornada de trabalho dos cargos públicos privativos de advogados, seja detentor de cargo efetivo ou comissionado/contratado, deve ser aquela fixada em norma do Ente político ou, em caso de ausência normativa, obedecer-se-á a jornada de trabalho fixada pela Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, a qual dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, conforme será melhor abordado ao longo deste estudo.

Conforme visto anteriormente, a Administração Pública, diferentemente do particular, somente pode praticar seus atos com base no que estiver estabelecido previamente em lei, em obediência ao princípio da legalidade estrita. Assim, a jornada do profissional que exerce cargo privativo de advogado, inclusive os detentores de cargo comissionado/contratado, deve ser aquela fixada pelo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, salvo se existir lei autorizativa transformando o cargo privativo de advogado como de dedicação exclusiva, com a fixação da jornada de trabalho, atribuições e vencimentos.

Do contrário, o administrador pode ser responsabilizado pessoalmente por praticar o ato desamparado de autorização legislativa, podendo, inclusive, responder por ato de improbidade administrativa em razão do atentado aos princípios da Administração Pública, notadamente ao princípio da legalidade administrativa, princípio este merecedor da devida proteção e efetivação, por estar no ápice da escala axiológica do ordenamento jurídico brasileiro, emanando seus efeitos sobre os demais princípios administrativos.

## Referências

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 16. ed. rev. e atual – São Paulo, 2008.

AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios - do princípio à aplicação dos princípios jurídicos**. 18. ed., 2018.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Atos administrativos**: elementos poder discricionário e o princípio da legalidade, limites da convalidação, forma de exercício. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 13, n. 7, jul. 1997. Paulo: Malheiros, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32. ed. rev. ampl. e atualizada até 19-01-2018. São Paulo: Atlas, 2018.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Licitação em caso de parentesco**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1855, 30 jul. 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Controle do mérito do ato administrativo pelo judiciário**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa; doutrina legislação e jurisprudência**. 4. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4. ed. São

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. Malheiros, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 12. ed., 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, 12. ed. Saraiva, 2017.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. Dialética: Rio Grande do Sul, 2004.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed., Salvador: JusPodivm, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Os limites semânticos e sua importância na e para a democracia**. *Revista da AJURIS* – V. 41 – n. 135 – Setembro de 2014.



# O caráter penal da ação de improbidade administrativa

**Márcio Berto Alexandrino de Oliveira**

*Bacharel em Direito pela Universidade*

*Vale do Rio Doce/UNIVALE*

*Especialista em Direito Processual pela PUC/Minas*

## RESUMO

Conforme restou demonstrado no presente estudo, a Ação de Improbidade Administrativa, disciplinada pela Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, se assemelha mais a uma ação penal do que propriamente a uma ação civil, tendo em vista que é necessária a individualização da conduta do agente, a demonstração de indícios suficientes acerca da autoria do ato de improbidade, além da justa causa, que se consubstancia no suporte probatório mínimo. Esses que são pressupostos originários das ações penais. Em razão dessas peculiaridades, o julgador deve ter cautela na condução da ação de improbidade administrativa, devendo proferir decisão condenatória tão somente quando existir conjunto probatório robusto acerca da prática do ato antijurídico, pois, em caso de dúvida, o cidadão deve ser beneficiado pelo princípio do *in dubio pro reo*, ou seja, o acusado deve ser beneficiado com a improcedência da ação em caso de dúvida da prática do ato improbidade.

Palavras-chave: Improbidade administrativa. Caráter penal. Justa causa. Individualização da conduta.

## ABSTRACT

As shown in the present study, the Administrative Improbability Action, disciplined by Law 8,429, of June 2, 1992, is more similar to a criminal action than to a civil action, considering that it is necessary to individualize the conduct of the agent, the demonstration of sufficient evidence about the authorship of the act of improbity, in addition to the just cause, which is substantiated in the minimum evidential support. Assumptions that originate from criminal actions. Due to these peculiarities, the judge must exercise caution when conducting the administrative misconduct action, and must utter a condemnatory

decision only when there is a robust evidence set regarding the practice of the anti-legal act, because in case of doubt the defendant should benefit from the principle of *in dubio pro reo*, in other words, the accused must be benefited with the rejection of the action in case of doubt about de practice of the improbity act.

Keywords: Administrative improbity. Penal character. Just cause. Individualization of conduct.

## Introdução

O presente artigo tem como objetivo demonstrar que a ação de improbidade administrativa não possui apenas contornos cíveis, tendo vista que a condenação por ato de improbidade pode resultar na perda da função pública, na suspensão dos direitos políticos e na proibição de contratar com o Poder Público, ou seja, eventual condenação pode extrapolar a esfera cível.

Sendo assim, o julgador deve ter certa cautela ao receber a ação de improbidade, devendo recebê-la apenas quando existirem “indícios suficientes” acerca da prática do ato de improbidade, conforme está disciplinado no § 6º do artigo 17 da Lei nº 8.429/92.

No que tange à condenação, somente será possível se existir conjunto probatório robusto acerca da prática do ato de improbidade, pois em caso de dúvida deve o julgador julgar improcedente os pedidos formulados, devendo o acusado ser beneficiado pelo princípio do “*in dubio pro reo*”.

São essas as considerações introdutórias sobre o assunto proposto neste estudo.

### 1 A ação de improbidade administrativa

A Ação de improbidade está disciplinada na Lei nº 8.429/1992, tendo como objetivo penalizar o agente público e os terceiros em colaboração. A improbidade administrativa pode ser definida como um ato do agente público, ou do particular em colaboração, que resulte em lesão aos interesses da Administração.

Para o doutrinador Cássio Scarpinella Bueno (2001, p.86), 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 ilícitamente, obtém vantagem indevida, para si ou para outrem, ou causa dano ao erário. Desonestidade im-

plica conduta dolosa, não se coadunando, portanto, com o conceito de improbidade a conduta meramente culposa.

Nas palavras do jurista José Jairo Gomes (2016, p. 23/24), a improbidade consiste na “ação desvestida de honestidade, de boa-fé e lealdade para com o ente estatal, compreendendo os atos que, praticados por agente público, ferem a moralidade administrativa”.

Dessa forma, pode-se dizer que o ato de improbidade nada mais é do que a violação aos princípios constitucionais da Administração Pública atrelado à má-fé e deslealdade do agente público, não bastando a simples violação dos princípios da Administração para configuração do ato improprio, haja vista que é necessário o elemento volitivo, representado pela vontade livre e consciente do agente de realizar conduta típica, por ação ou omissão, contrária aos interesses da Administração.

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. Eis a ementa:

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 Assusete 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 Benedi-

to Gonçalves, Primeira Turma, Julgado em 08/04/2014, DJE 02/09/2014.

Para a responsabilização objetiva do indivíduo, independe da aferição de culpa ou de gradação de envolvimento do agente causador do dano, isto é, 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 na culpabilidade, o que é vedado no direito brasileiro.

Destarte, para a configuração do ato de improbidade administrativa, é necessária a comprovação da conduta desonesta, de má-fé, em busca de proveito pessoal ou de outrem, podendo também ser configurada através de conduta culposa grave, visto que o agente público não pode responder objetivamente pelos seus atos.

Na ausência dos pressupostos retromencionados, não há que se falar em ato de improbidade, uma vez que não foi intenção do legislador penalizar todo e qualquer ato irregular, mas, sim, aqueles atos praticados de forma desonesta, de má-fé ou os atos praticados com erros grosseiros que lesionam o Poder Público.

Em que pesem alguns posicionamentos em sentido contrário, a Lei nº 8.429/1992 não busca penalizar as meras irregularidades praticadas sem a ausência de dolo ou de erro grosseiro, visto que, para a configuração do ato de improbidade administrativa, é necessária a perquirição do elemento volitivo do agente público e de terceiros, não sendo suficiente, para tanto, mera irregularidade para caracterizar ato de improbidade administrativa, tendo em vista que “a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente”, conforme decidiu o STJ no julgamento da AIA 30/AM, tendo como Relator o então Ministro Teori Albino Zavascki.

Como abordado neste artigo, as sanções cominadas aos atos de improbidade administrativa não podem ser consideradas puramente cíveis, pois trata-se de ações híbridas em razão dos contornos cíveis e penais, haja vista que a ação de improbidade administrativa pode resultar na suspensão dos direitos políticos, na proibição de contratação com o Poder Público, na perda da função pública, entre outras penalidades, ou seja, a condenação por ato de improbidade administrativa pode extrapolar a esfera civil, consistindo em uma ação híbrida com aspecto cível e penal.

Diariamente, deparamo-nos com ações de improbidade administrativa que são recebidas pelo Poder Judiciário sem nenhum

lastro probatório acerca do ato improprio, o que é grave, pois, para o recebimento de uma ação de improbidade, é indispensável a existência de “indícios suficientes” acerca do ato antijurídico, conforme estabelece o § 6º do artigo 17 da Lei nº 8.429/92.

Dessa maneira, a peça de ingresso deve conter a descrição pormenorizada, ou no mínimo razoável, dos fatos e a indicação jurídica precisa e fundamentada dos dispositivos supostamente violados pelo agente público, em homenagem ao princípio constitucional do devido processo legal.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1040440/RN, manifestou 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”, não sendo admitida a propositura de ações genéricas, visto que é indispensável a individualização da conduta do agente, devendo a ação ser lastreada com provas que indicam a probabilidade da existência do ato de improbidade, ou seja, deve o autor da ação demonstrar a “justa causa” para o ajuizamento da ação de improbidade administrativa.

Para o jurista Gustavo Henrique Badaró (2016, p. 175), a justa causa é uma condição da ação, exigindo-se suporte probatório mínimo que se relaciona com os indícios de autoria, materialidade de uma conduta típica e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade. Na inexistência desses elementos, não é possível o recebimento da ação penal ou de improbidade administrativa.

Já o processualista Afrânio Silva Jardim (2002, p. 768), citado por Rogério Greco em seu Curso de Direito Penal, adverte que a justa causa é o “suporte probatório mínimo se relaciona com os indícios da autoria, existência material de uma conduta típica e alguma prova da antijuridicidade e culpabilidade. Somente diante de todo este conjunto probatório é que, a nosso ver, se coloca o princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal”.

A par dessas considerações, conclui-se que o mero exercício de um cargo público não autoriza, por si só, o ajuizamento da ação de improbidade administrativa, bem como a responsabilidade pessoal do agente, visto que é necessária a existência de elementos que demonstrem a probabilidade da prática do ato antijurídico, lembrando que a mera irregularidade de um ato administrativo não autoriza a responsabilização pessoal do agente público, tendo em vista que é necessária a comprovação da

má-fé ou erro grosseiro para a configuração do ato de improbidade administrativa.

Neste sentido, são os ensinamentos do saudoso administrativista Hely Lopes Meirelles (2001, p. 761-762):

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).

Desse modo, a ação de improbidade somente deve ser recebida se houver a individualização minuciosamente da conduta ímproba do agente público ou do terceiro em colaboração, lastreada com provas que demonstrem os indícios acerca da prática do ato ilícito. Do contrário, a ação de improbidade deve ser indeferida de plano, visto que deixou de cumprir os pressupostos contidos no § 6º do artigo 17 da Lei nº 8.429/92.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Gilmar Ferreira Mendes, em seu voto na Pet 3240/DF, criticou o que chamou de "abuso" do Ministério Público no uso das ações de improbidade, por entender que, muitas vezes, são ajuizadas de forma genérica, com enquadramento aleatório, sem base em fatos concretos ou condutas supostamente irregulares. Para o Ministro, "o sistema brasileiro não tem contracautelas ou regime de responsabilidades contra o agente que propõe ações irresponsáveis", ocorrendo verdadeiro "festival de abuso de autoridade" nas ações de improbidade.

Aquele que ajuizar ações de improbidade sem lastro probatório mínimo deveria ser severamente penalizado, para evitar a banalização da utilização de ações de improbidade, que, com frequência, são ajuizadas para satisfazer interesses pessoais, “não sendo incomum a falsa atribuição de atos de improbidade entre adversários políticos” (FAZZIO JÚNIOR, 2016, p. 392) em busca de proveito pessoal, desviando, por completo, do objetivo traçado pelo legislador, que é a tutela do patrimônio público e da moralidade administrativa.

O ajuizamento de ação de improbidade administrativa deve ser medida 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.

Dessa maneira, o julgador deve ter cautela ao receber a ação de improbidade administrativa, devendo recebê-la apenas quando existir elemento probatório mínimo acerca da conduta antijurídica do agente público. Uma vez recebendo a ação, somente é possível a decisão condenatória quando existir prova robusta acerca do ato de improbidade, tendo em vista que, em caso de dúvida, o magistrado deve julgar improcedente os pedidos formulados.

### **1.1 A garantia do devido processo legal substancial na ação de improbidade administrativa**

Em respeito ao devido processo legal inserido com o advento da Constituição da República de 1988, tornou-se necessário assegurar ao destinatário de decisão judicial ou administrativa o devido processo legal em seu aspecto substancial, onde seus argumentos são levados em consideração para a construção do provimento final.

Leciona Fredie Didier Jr. (2008, p. 47/48), 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:

Há o elemento substancial dessa garantia. Há um aspecto, que eu reputo essencial, denominado, de acordo com a doutrina alemã, de “poder de influência”. 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.

Quanto à necessidade de garantia do contraditório e da ampla defesa, corrobora o Ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes (2017, p. 464/465):

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, 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. (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, requer a real possibilidade de o interessado influenciar com seus argumentos na construção da futura decisão, seja no âmbito judicial ou administrativo.

O Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 1356142/SP, determinou o retorno dos autos para o devido processamento da demanda, ao argumento de que “é medida indispensável o cumprimento do devido processo legal, mais especificamente ao exercício da dimensão substancial do contraditório, cuja inobservância, na espécie, impõe a cassação da sentença”.<sup>1</sup>

Outrossim, o não enfrentamento de todos os argumentos deduzidos pelas partes atenta contra as disposições contidas no artigo 93, IX, da Constituição da República de 1988 e artigo 489, §1º, do CPC de 2015.

Desse modo, em respeito à garantia do devido processo legal substancial, o julgador deve enfrentar todos os argumentos deduzidos pelas partes, notadamente as razões apresentadas pelo requerido, devendo levá-los em consideração para a construção do provimento final, ainda mais em uma ação de improbidade administrativa, a qual pode resultar em duras penas ao cidadão, como a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, bem como a proibição de contratar com a Administração Pública, entre outras penalidades, merecendo redobrada atenção do julgador.

A par dessas considerações, conclui-se que a garantia do devido processo legal, em seu aspecto substancial, não é discricionariedade do julgador, mas sim obrigação, em razão da força normativa decorrente do inciso LV do artigo 5º da Constituição de 1988, notadamente em uma ação de improbidade administrativa que pode resultar em duras penas ao indivíduo.

<sup>1</sup> STJ - REsp 1356142/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 26/09/2017, DJe 17/10/2017.

## 2 O caráter penal da ação de improbidade administrativa

As sanções cominadas aos atos de improbidade administrativa, embora não possam ser consideradas precisamente como de tipo penal, constituem mais do que simples punição civil, são uma sanção política, o que justifica a especial cautela para o recebimento da ação de improbidade, bem como a cautela para proferir uma sentença condenatória por ato de improbidade administrativa.

Para o Ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes, as penalidades previstas para os atos de improbidade administrativa configuram verdadeiros tipos penais. Eis os ensinamentos do autor:

[...] 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. (Grifos).

Do mesmo modo, já decidiu o STJ ao julgar o AgRg no AREsp 27.704/RO, tendo como Relator o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, aduzindo 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”.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> STJ - AgRg no AREsp 27.704/RO, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 15/12/2011, DJe 08/02/2012.

No mesmo sentido decidiu o STJ no julgamento do Recurso Especial 196932/SP, ao aduzir que “A Lei nº 8.429/92, que tem caráter geral, não pode ser aplicada retroativamente para alcançar bens adquiridos antes de sua vigência, e a indisponibilidade dos bens só pode atingir os bens adquiridos após o ato tido como criminoso”.

Vale transcrever o voto proferido pelo Ministro César Asfor Rocha, seguido pelos Ministros Barros Monteiro, Francisco Peçanha Martins, Vicente Leal, José Delgado, Fernando Gonçalves e Humberto Gomes de Barros, no julgamento do HC 22432, eis os argumentos:

A Lei nº 8.429/92 prescreve, no seu art. 12, um largo elenco de sanções de sumíssima gravidade, sendo de destacar a perda da função pública e suspensão dos direitos políticos por um lapso de 8 a 10 anos (art. 12, I); a primeira sanção (perda de função pública) é a mais exacerbada do Direito Administrativo Disciplinar e a outra (suspensão dos direitos políticos) é a mais rude exclusão da cidadania.

A meu ver, a Lei nº 8.429/92 veicula inegáveis efeitos sancionatórios, alguns deles, como a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos, somente impingíveis por ato de jurisdição penal, o que faz legítima, ao que entendo, a aplicação da mesma lógica sistêmica que se usa nessa forma jurisdicional especializada (penal), onde não se duvida da plena fruição do foro especial por prerrogativa de função.

De menor relevo, ao que posso ver, que a Lei nº 8.429/92 denomine de civis as sanções de que cogita, pois a natureza das sanções consistentes na perda da função pública e na suspensão dos direitos políticos, por mais que se diga ao contrário, extrapolam abertamente os domínios do Direito Civil e se situam, também sem dúvida, nos domínios do Direito Penal (sancionatório).

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>3</sup>, sen-

<sup>3</sup> Artigo 17, § 7º, da Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992.

do que, em caso de recebimento da ação, o réu 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>4</sup>

Não há dúvida de que as ações de improbidade administrativa possuem, sobretudo, natureza penal, tendo em vista a existência de sanções como a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, bem como a proibição de contratar com a Administração Pública, ou seja, as penalidades da ação de improbidade administrativa extrapolam a esfera cível, até porque não possuem apenas função ressarcitória.

Dessa maneira, o magistrado somente está autorizado a proferir uma sentença condenatória por ato de improbidade administrativa se existir um conjunto probatório robusto acerca da prática do ato improprio, uma vez que, em caso de dúvida, devem os pedidos formulados serem julgados improcedentes, ou seja, o requerido deve ser beneficiado pelo princípio do *in dubio pro reo*, devendo prevalecer a presunção de inocência do agente público nos casos de fragilidade do conjunto probatório.

Sendo assim, a presunção de inocência do agente público somente pode ser elidida quando houver provas robustas acerca da prática de ato de improbidade administrativa, pois não são permitidas condenações baseadas em alegações sem lastro probatório.

Dessa maneira, o autor da ação de improbidade deve comprovar que o agente público efetivamente agiu dolosamente, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, ou com erro grosseiro, até porque recai sobre o autor o ônus probatório acerca dos fatos articulados, conforme ensina o processualista 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.

<sup>4</sup> REsp 1230550/PR, Rel. Ministro OG Fernandes, Segunda Turma, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018.

No mesmo sentido são os ensinamentos do processualista italiano Francesco Carnelutti (2002, p. 99) sobre o ônus probatório, eis os ensinamentos:

Não tenho necessidade de acrescentar, como é natural, que não faço aqui uma questão de palavras e que, portanto, não atribuo importância alguma a como sejam chamadas os dois conceitos, senão ao fato de que sejam designados com nomes distintos ou, pelo menos, a que se acentue de algum modo a diferença entre eles. Enquanto isso, e até que se proponha uma terminologia melhor, chamo por minha conta e meio de prova a atividade do juiz mediante a qual busca a verdade do fato a provar, e fonte de prova ao fato do qual se serve para deduzir a própria verdade.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no julgamento da Apelação Cível nº 1.0529.03.001988-7/001, decidiu no sentido de que “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 consequências que afetam a vida do eventual infrator”.

Feitas essas considerações, conclui-se que o Poder Judiciário deve fazer uma análise detida do conjunto probatório, evitando a condenação do agente público ou do particular em colaboração, sem que tenha restado comprovada a praticada do ato de improbidade administrativa, pois não é razoável o indivíduo sofrer duras sanções, de caráter penal, com base em cogitações e suposições acerca da prática do ato ilícito, que, apesar de alegado pelo autor da ação, não restou comprovado.

Em um Estado Democrático de Direito, não pode ser admitida a condenação do agente público apenas com base em meras alegações do autor da ação, desacompanhada de elementos probatórios, até porque o artigo 373 do CPC de 2015 dispõe que incumbe ao autor de qualquer ação comprovar os fatos constitutivos de seu direito, não existindo discricionariedade para o julgador afastar a exigência processual, por se tratar de uma norma cogente.

Em decorrência das duras penas previstas na Lei de Improbidade Administrativa, não pode o Ministério Público propor ações ao seu alvedrio e nem o julgador proferir decisão condenatória sem elemento probatório robusto acerca da prática do ato antijurídico, visto que a condenação por ato de

improbidade deve ser reservada para os atos praticados dolosamente ou com erro grosseiro e desde que existam provas concretas acerca do ato antijurídico.

Em razão do caráter penal da ação de improbidade administrativa, seria conveniente a alteração legislativa para transferir para o Juízo penal o processamento e julgamento da lide, haja vista que o juízo penal tem mais condições e conhecimento para a condução da ação de improbidade.

Outrossim, na grande parte dos ilícitos por ato de improbidade administrativa, há desdobramento de ações penais, conforme ocorre nos casos contidos nos artigos 89 e 90 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, crimes do Decreto-Lei 201, de 27 de fevereiro de 1967, além de outros tipos descritos no Código Penal, em que o agente público responde por ato de improbidade e no âmbito criminal.

Assim, seria mais prudente que ambas as ações (improbidade e penal pelo mesmo fato) tramitem no mesmo juízo, pois seria vantajoso para o jurisdicionado, além de evitar decisões conflitantes, pois, muitas vezes, o indivíduo é condenado na ação penal e absolvido na ação de improbidade administrativa ou vice-versa, o que é um contrassenso.

## **Conclusão**

Diante dos fatos relatados, conclui-se que a ação de improbidade não possui caráter exclusivamente cível, conforme sustentam alguns, tendo em vista que a condenação por ato de improbidade pode resultar na perda da função pública, na suspensão dos direitos políticos e na proibição de contratar com o Poder Público, ou seja, eventual condenação pode extrapolar a esfera cível, até porque a ação de improbidade administrativa não almeja apenas o ressarcimento de valores desviados.

Sendo assim, pode-se dizer que a ação de improbidade administrativa se assemelha mais a uma ação de penal, haja vista a necessidade de individualização da conduta do denunciado, os indícios suficientes de autoria e materialidade para fins de justificação da justa causa, que se consubstancia no suporte probatório mínimo.

Em razão dessas peculiaridades, o julgador deve ter cautela na condução da ação de improbidade administrativa, visto que qualquer comportamento que violar o direito do demandado é suficiente para ocasionar a nulidade do provimento estatal. Desse modo, deve ser oportunizada ao requerido a produção de pro-

vas necessárias para o deslinde da lide, devendo seus argumentos serem levados em consideração para a construção do provimento final, em homenagem ao princípio do devido processo legal em seu aspecto substancial.

## Referências

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AVILA, Humberto, **Teoria dos Princípios - Do princípio à aplicação dos princípios jurídicos**, 18. ed., 2018.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revistas do Tribunais, 2016.
- CARNELUTTI, Francesco. **A prova Civil**. Lisa Pary Scarpa (trad.) 2. Ed. Campinas: Bookseller, 2002.
- DIDIER JR. Fredie. **Curso de direito processual civil**. Vol. 01. 10 ed. Salvador: JusPodivm, 2008.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade Administrativa: doutrina legislação e jurisprudência**. 4. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016
- GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**, 12. ed. São Paulo, Atlas, 2016.
- JARDIM, Afrânio Silva. **Curso de Direito Penal**. 2. ed. RJ: ed. Impetus, 2002.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O Limite da Improbidade Administrativa**, Editora América Jurídica, 3. ed., 2005.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 12. ed., 2001.
- MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- 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.
- SILVA, Virgílio Afonso. **O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais**. In: Revista de Direito do Estado, n. 4, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**, 26 ed., Editora Forense, 1999.



# A desnecessidade de desincompatibilização do pretenso candidato que mantém contrato administrativo com cláusulas uniformes

**Márcio Berto Alexandrino de Oliveira**

*Bacharel em Direito pela Universidade*

*Vale do Rio Doce/UNIVALE*

*Especialista em Direito Processual pela PUC/Minas*

## RESUMO

Não há dúvida de que os termos de ajustes decorrentes de certames licitatórios ou outro instrumento de convocação, com cláusulas abertas a todos os interessados, devem ser classificados como contrato com cláusulas uniformes, tendo em vista que tais cláusulas não resultam em privilégios ou favorecimentos em favor do contratado. Os contratos administrativos decorrentes dos certames licitatórios ou de outro instrumento de convocação, como é o caso do credenciamento administrativo, com cláusulas abertas, devem ser classificados como contratos com cláusulas uniformes, motivo pelo qual se aplica a ressalva da parte final do artigo 1º, II, i, da Lei Complementar nº 64/90. Portanto, nestes casos, não é necessária a desincom-patibilização do pretenso candidato, que mantém contrato administrativo com o Poder Público, para concorrer a mandato eletivo, até porque as causas de inelegibilidades devem ser interpretadas restritivamente, conforme tem se posicionado o Tribunal Superior Eleitoral, uma vez que o hermeneuta não está autorizado a fazer uma interpretação elasticada para exigir que o detentor de contrato administrativo faça a desincompatibilização. Em razão do posicionamento adotado pela Corte Eleitoral, espera-se que os demais Tribunais Eleitorais sigam o mesmo posicionamento, por força do que determina o artigo 927 do CPC de 2015, evitando-se, com isso, decisões conflitantes, o que é prejudicial para o sistema jurídico em decorrência da insegurança ocasionada pelas decisões divergentes sobre o mesmo assunto.

Palavras-chave: Processo eleitoral. Cláusulas uniformes. Desincompatibilização. Desnecessidade.

## ABSTRACT

There is no doubt that the terms of adjustments resulting from bidding processes or other calling instruments, with clauses open to all interested parties, should be classified as a contract with uniform clauses, considering that such clauses do not result in privileges or favoritism in favor the contractor. Administrative contracts resulting from bidding contests or other calling instruments, such as administrative accreditation, with open clauses, must be classified as contracts with uniform clauses, which is why the exception in the final part of Article 1, II applies. , i, of Complementary Law nº 64/90. Therefore, in these cases, it is not necessary to discompatibility of the alleged candidate, who maintains an administrative contract with the Public Power, to run for an elective mandate, not least because the causes of ineligibility must be interpreted restrictively, as the Superior Electoral Court has positioned, since the hermeneutic is not authorized to make an extended interpretation to demand that the administrative contract holder does the discomfort. Due to the position adopted by the Electoral Court, it is expected that the other Electoral Courts will follow the same position, under the terms of article 927 of the CPC of 2015, thus avoiding conflicting decisions, which is detrimental to the legal system due to the insecurity caused by divergent decisions on the same subject.

Keywords: Electoral process. Uniform clauses. Discompatibility. Unnecessary.

## Introdução

O presente artigo tem como objetivo fazer um estudo sobre a necessidade ou não do pretendo candidato, que mantém contrato administrativo com cláusulas uniformes, desincompatibilizar-se para concorrer a mandato eletivo.

Abordaremos também a elegibilidade e a inelegibilidade na ordem jurídica instaurada pela Constituição Republicana de 1988, lembrando que a inelegibilidade somente deve ser declarada nos casos previstos na Constituição e em Lei Complementar, devendo sempre o hermeneuta fazer uma interpretação restritiva acerca da inelegibilidade.

Teremos como base de estudo a Constituição Republicana de 1988, as normas infraconstitucionais e os julgados proferidos pelos Tribunais Eleitorais Pátrios acerca do assunto proposto.

São essas as considerações introdutórias sobre o assunto proposto neste estudo.

## **1 As cláusulas uniformes nas licitações com cláusulas abertas**

Vale dizer que 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, entre eles os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e adjudicação compulsória, encontrando guarida no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Republicana de 1988.

Feitas essas breves considerações sobre o instituto licitatório, cabe registrar que o Edital de licitação nas modalidades Tomada de Preços, Leilão, Concorrência e Pregão revestem-se de cláusulas uniformes a todos os interessados que desejam celebrar contrato com a Administração. Ademais, as cláusulas editalícias previamente fixadas pela Administração podem ser impugnadas por qualquer interessado em participar do certame, ou seja, eventual privilégio pode ser atacado pelo licitante interessado.

Apenas a modalidade denominada Carta Convite não pode ser classificada como modalidade com cláusulas uniformes a todos os interessados, até porque a publicidade de tal modalidade é restrita, o que acaba por retirar a uniformidade de suas cláusulas, visto que nessa modalidade não há a abertura para a ampla participação de eventuais interessados em contratar com o Poder Público e, com isso, controlar eventual privilégio.

Já nas demais modalidades licitatórias, o legislador Pátrio exigiu a ampla publicidade nos diários oficiais, bem como em jornais de grande circulação. Com isso, um maior número de pessoas terá ciência da intenção da Administração licitante em contratar com o particular, podendo os eventuais interessados impugnar os termos do edital em caso de existência de cláusulas restritivas, desproporcionais ou com algum privilégio.

Outrossim, as cláusulas prefixadas no instrumento convocatório devem ser observadas por todos os interessados, não podendo tais cláusulas trazer privilégio nem favorecimento

para determinado concorrente, sob pena de violação aos princípios da legalidade, da impessoalidade e da isonomia, princípios estes de observância obrigatória pelo gestor público.

Nas licitações com cláusulas abertas, eventuais irregularidades constantes no ato convocatório serão facilmente controladas pelos licitantes interessados em participar ou por qualquer cidadão, consoante as disposições estabelecidas no artigo 41, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666/1993. Sendo assim, diante da ampla publicidade do instrumento convocatório, inúmeros licitantes tomarão conhecimento do interesse da Administração Pública em firmar contrato com o particular. De mais a mais, qualquer licitante que possua os requisitos fixados no instrumento convocatório poderá participar do processo licitatório, independentemente da ideologia partidária ou da classe social. Com isso, não há que se falar que o detentor do contrato administrativo oriundo de certame licitatório gozará de privilégios em relação aos pretensos candidatos desprovidos de vínculo contratual com a Administração.

Feitas essas considerações, conclui-se que os editais das modalidades anteriormente mencionadas revestem-se de cláusulas uniformes a todos os interessados. Logo, não faz o menor sentido o pretense candidato ser obrigado a rescindir o contrato administrativo para concorrer a mandato eletivo, visto que tal exigência, além de não encontrar respaldo legal, prejudica sobremaneira aquele que mantém contrato administrativo com o Poder Público, resultando em prejuízo financeiro em decorrência da rescisão contratual para concorrer a cargo eletivo.

## **2 A desnecessidade de desincompatibilização do pretense candidato que mantém contrato com cláusulas uniformes**

O Egrégio Tribunal Superior Eleitoral já teve a oportunidade de enfrentar a questão sobre a uniformidade das cláusulas contratuais em processo licitatório, aduzindo *que* “O contrato firmado com o Poder Público decorrente de pregão obedece, em geral, a cláusulas uniformes, motivo pelo qual se aplica a ressalva da parte final do art. 1º, II, i, da Lei Complementar nº 64/90, não havendo necessidade de desincompatibilização”.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Recurso Especial Eleitoral nº 23763, Acórdão de 11/10/2012, Relator Min. Arnaldo Versiani Leite Soares, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 11/10/2012. Recurso Contra Expedição de Diploma nº 9777, Acórdão de 13/03/2014, Relatora Alice de Souza Birchall, Publicação: DJEMG - Diário de Justiça Eletrônico-TREMG, Data 28/03/2014.

O Egrégio Tribunal Regional Eleitoral – TRE/MG também tem decidido no sentido de que a modalidade licitatória do pregão, nos moldes da Lei nº 10.520/2002, obedece, em geral, a cláusulas uniformes<sup>2</sup>, portanto, é dispensada a desincompatibilização.

Na mesma trilha é o posicionamento atual adotado pelo Tribunal Superior Eleitoral, conforme julgados, ora colacionados:

*Eleições 2020. Agravo Regimental. Recurso Especial. Registro De Candidatura. Vice-Prefeita. Contratos Firmados. Administração Municipal. Pregão. Cláusulas Uniformes. Inelegibilidade Do Art. 1º, II, i, e IV, da LC 64/90. Ausência. Reexame de Provas. Impossibilidade. Síntese Do Caso*

1. O Tribunal Regional Eleitoral da Bahia, por unanimidade, negou provimento a agravo interno em face de decisão individual que desproveu recurso eleitoral e manteve a sentença que deferiu o pedido de registro de candidatura de Ilzinete Pires Correia da Silva ao cargo de vice-prefeito do município de Rio de Contas/BA nas Eleições de 2020, por entender inexistente a causa de inelegibilidade descrita no art. 1º, II, i, e IV, da LC 64/90.

2. O recurso especial do Partido Social Democrático (PSD) – Municipal – teve seguimento negado por meio da decisão que ensejou o manejo do presente agravo regimental, mediante o qual o agravante ratifica as teses recursais. Análise do Agravo Regimental

3. Agravo regimental que não infirma os fundamentos da decisão agravada, limitando-se a reiterar as razões recursais. Incidência do verbete sumular 26 do TSE.

4. A Corte de origem, ao analisar o conjunto probatório dos autos, concluiu que, “embora a recorrida seja dirigente de pessoa jurídica que mantenha contrato com o Poder Público, o contrato que está em discussão possui cláusulas iguais para todos, sendo assim não lhe era exigível a desincompatibilização, porquanto a hipótese dos autos se acomoda à exceção contida na parte final da letra ‘i’, inciso II do artigo 1º da Lei Comple-

<sup>2</sup> TRE/MG - Recurso Contra Expedição De Diploma nº 9777, Acórdão de 13/03/2014, Relatora Alice de Souza Birchal, Publicação: DJEMG - Diário de Justiça Eletrônico-TREMG, Data 28/03/2014.

mentar nº 64/90" e que "a mudança da dotação orçamentária feita no contrato em voga não implicou alteração contratual, mas simples apostilamento".

5. Para alterar o entendimento do Tribunal *a quo* e acolher a pretensão recursal, concluindo pela inelegibilidade da candidata recorrida, seria necessário proceder à nova análise das provas dos autos, providência que não se coaduna com a via estreita do recurso especial, a teor do verbete sumular 24 do TSE.

6. *A decisão regional está alinhada com o entendimento deste Tribunal, no sentido de que "o contrato firmado entre pessoa jurídica e o Poder Público, oriundo de pregão, obedece em regra a cláusulas uniformes, aplicando-se a ressalva da parte final do art. 1º, II, i, da LC 64/90 e, por conseguinte, não se exigindo afastamento do respectivo dirigente.* Nesse sentido: REspe 109-49/CE, Rel. Min. Luciana Lóssio, DJe de 28.3.2017; AgR-REspe 123-87/PR, Rel. Min. Henrique Neves, DJe de 13.3.2017; REspe 401-43/PR, Rel. Min. Luciana Lóssio, de 14.12.2016; AgR-REspe 219-89/MG, Rel. Min. Luciana Lóssio, de 22.11.2016; REspe 199-51/PR, Rel. Min. Nancy Andrichi, de 6.12.2012; REspe 237-63/PR, Rel. Min. Arnaldo Versiani, de 11.10.2012" (REspe 4614, rel. Min. Luciana Lóssio, rel. designado Min. Herman Benjamin, DJE de 2.8.2018). Incidência do verbete da Súmula 30 do TSE. CONCLUSÃO. Agravo regimental a que se nega provimento. (Recurso Especial Eleitoral nº 060009524, Acórdão, Relator(a) Min. Sergio Silveira Banhos, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 11/12/2020). (Grifos).

Eleições 2014. Agravo Regimental. Recurso Ordinário. Notícia de inelegibilidade. Deputado Estadual. Improcedência. Registro de candidatura deferido. art. 1º, ii, i, da LC nº 64/90. Desincompatibilização. 6 (seis) meses anteriores ao pleito. Cláusulas uniformes. contrato com o poder público. Licitação inexigível. poder de negociação não configurado. fundamentos não infirmados. Desprovimento.

1. É inviável o agravo cujas razões consistem, basicamente, na reiteração dos argumentos apresentados no recurso ordinário, o que atrai a incidên-

cia da Súmula nº 26/TSE, *in verbis*: “É inadmissível o recurso que deixa de impugnar especificamente fundamento da decisão recorrida que é, por si só, suficiente para a manutenção desta”.

2. A incompatibilidade estabelecida no art. 1º, II, i, da LC nº 64/90 incide sobre aqueles que, “[...] dentro de 6 (seis) meses anteriores ao pleito, hajam exercido cargo ou função de direção, administração ou representação em pessoa jurídica ou em empresa que mantenha contrato de execução de obras, de prestação de serviços ou de fornecimento de bens com órgão do Poder Público ou sob seu controle, salvo no caso de contrato que obedeça a cláusulas uniformes”.

3. *In casu*, o contrato firmado com a empresa que teve como objeto a prestação de serviços especializados em cardiologia e radiologia foi celebrado sem prévia licitação por se enquadrar em hipótese de inexigibilidade, nos termos do art. 25 da Lei nº 8.666/93. Não obstante, a mera inexigibilidade de licitação não indica, necessariamente, a influência da empresa na elaboração das cláusulas contratuais que, em regra, são estipuladas unilateralmente pela administração pública, cabendo ao impugnante produzir prova em sentido contrário, o que não foi feito.

4. *Na espécie, não há como deduzir, com juízo de certeza, a ingerência ou o poder negocial da contratante em sua elaboração, mormente diante de ajustes de natureza semelhante firmados entre o Estado do Maranhão e outras empresas do ramo da saúde, nos quais se nota a padronização na fixação das cláusulas e condições contratuais, com distinção apenas em razão do tipo de serviço prestado.*

5. Ainda que assim não fosse, verte dos autos que a desincompatibilização, caso fosse necessária, teria ocorrido em tempo hábil, pois, conforme se verifica da alteração do contrato social a partir do dia 31.3.2014, a administração da sociedade empresarial passou a ser exercida por outra sócia, sem a participação da ora recorrida.

6. Agravo regimental desprovido. (Recurso Ordinário nº 86635, Acórdão, Relator(a) Min. Tarcisio Vieira De Carvalho Neto, Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 206, Data 16/10/2018, Página 47/48). (Grifos).

Vale registrar que o TSE vem decidindo, reiteradamente, no sentido de que, em regra, os contratos decorrentes de certames licitatórios são uniformes a todos os licitantes interessados. Portanto, não é necessária a desincompatibilização para concorrer a cargo eletivo, uma vez que a inelegibilidade deve ser interpretada restritivamente.

Do mesmo modo foi o entendimento fixado pelo Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio Grande do Sul, no julgamento do Recurso Eleitoral nº 060025689 nas eleições de 2020. Veja-se:

Recurso. Eleições 2020. Registro de Candidatura. Vereador. Indeferido. Impugnação. Desincompatibilização. Presidente de Associação. Entidade de Direito Privado. Contrato Administrativo. Cláusulas Uniformes. Desnecessidade. Registro Deferido. Recurso Provido.

1. Insurgência contra a sentença que, acolhendo embargos de declaração, julgou procedente impugnação oferecida, indeferindo pedido de registro de candidatura para concorrer ao cargo de vereador, em razão da falta de desincompatibilização.

2. Dirigente de associação privada não está sujeito à desincompatibilização prevista no art. 1º, inc. II, al. "a", item n. 9, da LC n. 64/90, ainda que a entidade receba subvenções públicas.

3. Existência de contrato com o município ajustado com cláusulas uniformes. Desnecessária a desincompatibilização, nos termos do art. 1º, inc. II, al. "i", da LC n. 64/90. 4. Provimento. Registro deferido. (Recurso Eleitoral n 060025689, ACÓRDÃO de 12/11/2020, Relator Miguel Antônio Silveira Ramos, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 13/11/2020).

O mesmo entendimento foi adotado pelo Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Paraná nas eleições de 2020, *in verbis*:

Ementa - Eleições 2020 - Recurso Eleitoral - Registro de Candidatura Inelegibilidade. Artigo 1º, Inciso II Alíneas "I" e "L", da LC 64/90. Ação de Impugnação ao Registro de Candidatura Julgada Improcedente. Recurso - Preliminar. Cerceamento De Defesa. Não Acolhida - Mérito. Candidata Sócia de Empresa Com Contrato com o Poder Público. Pregão. Presunção de Cláusulas Uniformes.

Não Demonstração de Quebra da Uniformidade das Cláusulas - Candidata não Servidora Pública. Impossibilidade de Interpretação Extensiva - Recurso Conhecido e não Provido.

1. Não se vislumbra cerceamento de defesa, vez que o indeferimento da prova requerida se deu com base no §3º, do artigo 43, da Res. TSE nº 23.609/19. Matéria eminentemente de direito.

2. Candidata sócia de empresa com contrato com o Poder Público. Contratação por pregão. Presunção de obediência às cláusulas uniformes. Precedentes.

3. As cláusulas que preveem a possibilidade de variação de preços são obrigatórias em todos os contratos administrativos, conforme disposto no artigo 55, inciso III, da Lei nº 8.666/1993, não sendo suficientes para, por si só, descaracterizar a uniformidade.

4. Contrato aditivo celebrado apenas a prorrogação do contrato por mais 12 (doze) meses, sem outras alterações nas condições e cláusulas anteriormente pactuadas. Ademais, até o valor referente ao período prorrogado foi exatamente o mesmo do pactuado anteriormente.

5. Desnecessidade de desincompatibilização, nos termos do artigo 1º, inciso II, alínea "i", da LC nº64/90.

6. A inelegibilidade prevista no artigo 1º, inciso II, alínea "I", da LC nº64/90, é restrita aos servidores públicos, não podendo ser interpretada extensivamente.

7. Recurso conhecido e não provido. (Recurso Eleitoral n 0600169-40.2020.6.16.0047, Acórdão n 57068 de 12/11/2020, Relator(aqwe) Carlos Alberto Costa Ritzmann, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 14/11/2020).

O Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Minas Gerais também tem se posicionado pela desnecessidade de desincompatibilização quando o cidadão mantiver contrato, com cláusulas uniformes, com a Administração Pública, conforme o acórdão proferido no Recurso Eleitoral nº 0600105-74.2020.6.13.0318, oportunidade em que foi mantida a decisão proferida pelo Juízo Eleitoral do Foro Eleitoral da cidade de Governador Valadares/MG, posicionamento que merece ser festejado, visto que as causas de

inelegibilidade devem ser interpretadas restritivamente, conforme vem se posicionando repetidamente o TSE.

Nos autos da Impugnação de Registro de Candidatura nº 0600675-78.2020.6.13.0118, o Juízo da 118ª Zona Eleitoral de Governador Valadares/MG aduziu que “Os contratos de cláusulas uniformes representam exceção prevista na regra de desincompatibilização prevista no art. 1º, II, ‘i’, da LC nº 64/1990, da Lei Complementar nº 64/1990 e assim tem sido amplamente reconhecido na jurisprudência atual”. Acertado posicionamento do magistrado eleitoral, tendo em vista que, além de não ser necessária a desincompatibilização quando o pretense candidato for detentor de contrato administrativo com cláusulas uniformes, tal posicionamento também está em sintonia com as atuais decisões proferidas pelo TSE, homenageando-se as disposições contidas no artigo 927 do CPC de 2015.

No mesmo sentido, posicionou o Tribunal Regional Eleitoral mineiro ao julgar impugnação de registro de candidatura, também nas eleições municipais de 2020. Veja-se:

Recurso Eleitoral. Registro de Candidatura. Eleições 2020. Desincompatibilização. Candidato Representante de Pessoa Jurídica que Presta Serviços de Propaganda Volante Para a Prefeitura Municipal. Desnecessidade de Afastamento. *O Contrato de Prestação de Serviços que Obedece Cláusulas Uniformes. Hipótese Que se amolda à exceção contida na parte final da alínea ‘I’ do Inciso II Do Art. 1º da Lc 64/90.* Recurso não provido. Registro de candidatura deferido. (Recurso Eleitoral n 060068436, Acórdão de 01/12/2020, Relator(aqwe) Marcelo Vaz Bueno, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 01/12/2020). (Grifos).

Recurso Eleitoral. Registro de candidatura. Vereador. Eleições municipais 2020. Impugnação (AIRC). Contrato de prestação de serviços de transporte escolar com o município. Contratos na modalidade pregão. Cláusulas uniformes. Desnecessidade de afastamento. O recorrente não comprovou a ocorrência de ajustes e negociações ilegais. Recurso não provido. Registro de candidatura deferido.

Proprietário de empresa que firmou contrato administrativo para prestação de serviços de trans-

porte escolar com o município. Constatação da presença de cláusulas uniformes. Contrato de adesão realizado.

*O contrato firmado com o Poder Público foi decorrente de pregão, conforme comprovado ao ID 16310499/PJe, obedecendo, em geral, a cláusulas uniformes, considerando que as condições foram estipuladas unicamente pela Administração Pública. Desnecessidade de desincompatibilização do recorrido. Inteligência do artigo 1º, inciso II, alínea "I" c/c inciso IV, alínea "a" e inciso VII, alínea "b", todos da LC nº 64/1990. Recurso não provido. Sentença mantida. RRC deferido. (Recurso Eleitoral n 060036866, ACÓRDÃO de 10/11/2020, Relator Marcelo Vaz Bueno, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 10/11/2020). (Grifos).*

Outrossim, qualquer contrato administrativo oriundo de instrumento de convocação com cláusulas abertas a todos os interessados, como é o cargo do "chamamento público/credenciado administrativo"<sup>3</sup>, também se reveste de cláusulas uniformes, não sendo necessária a desincompatibilização para concorrer a mandato eletivo.

Ora, a circunstância de o particular ser detentor de contrato administrativo, com cláusulas uniformes, com a única prerrogativa de executar o termo de ajuste nos exatos moldes previamente entabulados, não lhe atribui privilégio especial em detrimento do candidato que não tem contrato com a Administração Pública. Logo, o simples fato de ser detentor de contrato administrativo oriundo de certame licitatório não é suficiente para retirá-lo da disputa de cargo eletivo, conforme injustificadamente sustenta a doutrina minoritária, partindo da premissa equivocada de que o detentor de contrato administrativo oriundo de certame licitatório com cláusulas abertas goza de privilégios e, por isto, deve se desincompatibilizar para concorrer a mandato eletivo.

Vale registrar que a exigência de desincompatibilizar para concorrer a cargo eletivo visa a tutelar ou, ao menos, coibir que os pretensos candidatos utilizem da máquina administrativa em benefício próprio durante o pleito eleitoral, desencadeando o

<sup>3</sup> TRE/RS - Recurso Eleitoral nº 2843, Acórdão de 27/09/2016, Relator Des. Carlos Cini Marchionatti / TRE/GO - Recurso Eleitoral nº 060039292, Acórdão, Relator Des. Alderico Rocha Santos, Publicação: PSESS - Publicado em Sessão, Data 25/11/2020.

desequilíbrio na disputa eleitoral, conforme decidiu o TSE ao julgador o RO 26465/RN – PSS 1º-10-2014. Veja-se:

*(...) reside na tentativa de coibir – ou, ao menos, amainar – que os pretensos candidatos valham-se da máquina administrativa em benefício próprio, circunstância que, simultaneamente, macularia os princípios da Administração Pública e vulneraria a igualdade de chances entre os players da competição eleitoral, bem como a higidez das eleições. [...] Daí por que, a meu sentir, o (correto) equacionamento de controvérsias envolvendo a desincompatibilização (ou não) de pretensos candidatos não pode ficar adstrito apenas a um exame meramente temporal (i.e., se foi, ou não, atendido o prazo exigido na Constituição ou na legislação infraconstitucional), mas também se o pretense candidato praticou atos em dissonância com o tê-los subjacente ao instituto. (...). (TSE – RO no 26465/RN – PSS 1º-10-2014). (Grifos).*

Acontece que o pretense candidato que mantém contrato administrativo decorrente de processo licitatório não tem nenhum privilégio especial em detrimento do candidato que não é detentor de vínculo contratual com a Administração Pública, uma vez que o contratado tem que executar o termo de ajuste nos exatos moldes fixados no instrumento convocatório.

Ademais, para o afastamento da elegibilidade do cidadão, deve o hermeneuta agir com muita cautela, devendo sempre guiar-se pelos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da prevalência dos direitos políticos, dos quais o direito de votar e de ser votado é de especial relevância para a ordem jurídica por se tratar de um direito fundamental do cidadão. Sendo assim, o afastamento da elegibilidade deve ser medida de *ultima ratio*, não podendo ser utilizada indiscriminadamente, sob pena de afronta ao Estado Democrático de Direito.

Em decorrência da relevância do direito de sufrágio, consistente no direito de votar, de ser votado e participar da tomada das decisões, devem todos os Poderes da República, inclusive o Poder Judiciário, dentro de suas competências constitucionais, conferir máxima efetividade ao direito de sufrágio. Portanto, o direito de votar e de ser votado somente deve ser afastado nas situações fixadas na Constituição e em Lei Complementar.

A efetivação do direito de votar e de ser votado é imprescindível para o exercício da soberania popular em um regime democrático. Eis os comentários do doutrinador Ruy Samuel Espíndola (2013, p. 98) a respeito do assunto:

Para o exercício da soberania popular - princípio estruturante do sistema constitucional vigente - a junção dessas duas liberdades é fundamental. Ou seja, a junção dos direitos de votar e o de ser votado. Mesmo o Código Eleitoral, produzido em plena ditadura militar, em 15.07.65, parece ter percebido a riqueza desses dois direitos políticos em seu artigo primeiro: "Este Código contém normas destinadas a assegurar a organização e o exercício de direitos políticos, precipuamente os de votar e ser votado".

No entanto, ainda há decisões proferidas pela Justiça Eleitoral indeferindo o registro de candidatos em decorrência da falta de desincompatibilização pelo fato de o pretenso candidato manter contrato administrativo decorrente de processo licitatório com o Poder Público. Peço a devida vênia para divergir deste posicionamento, ainda que minoritário, visto que tal posicionamento, além de não ter amparo legal, também priva o cidadão de exercer o seu direito ao sufrágio previsto no artigo 1º, inciso II c/c 14 da Constituição da República de 1988, que se materializa no direito de votar e de participar da organização da vontade estatal e no direito de ser votado.

Sobre o direito de sufrágio, vale transcrever os ensinamentos dos constitucionalistas Marcelo Novelino e Dirley da Cunha Júnior (2020, p. 235), para quem

*O direito de sufrágio é a própria essência do direito político, expressando-se pela capacidade de eleger, ser eleito e, de uma forma geral, participar da vida política do Estado. O sufrágio – direito político em si – não se confunde com o voto – exercício desse direito –, em com o escrutínio, que é o modo como o exercício se realiza. A Constituição consagra como cláusula pétrea o voto direto, a periodicidade das eleições, o sufrágio universal e o escrutínio secreto (CF, art. 60, § 4º, II).*

O direito de sufrágio adotado pela Constituição de 1988 se caracteriza pela possibilidade de todo

cidadão votar e ser votado, independentemente de distinções quanto à classe social ou econômica, quanto ao sexo ou quanto à capacidade intelectual. A existência de requisitos como o alistamento eleitoral, a nacionalidade e a idade mínima, não afasta a universalidade do sufrágio.

Com base no que foi exposto, conclui-se que não é razoável que o pretense candidato seja compelido a rescindir o contrato administrativo para concorrer a cargo eletivo ou desistir de participar do processo eleitoral para manutenção do contrato com o Poder Público. Eventual imposição de desincompatibilizar é totalmente desproporcional, irrazoável e atentatória à prevalência dos direitos políticos, o que não pode ser aceito.

Não é razoável impor ao pretense candidato que rescinda o contrato com a Administração Pública alguns meses antes do início do registro de candidatura ou que desista de concorrer ao pleito eleitoral para a manutenção do contrato administrativo, até porque o contrato com a administração não resulta em privilégios para o pretense candidato, em detrimento do candidato que não tem vínculo contratual com o Poder Público.

Outrossim, a norma constitucional contida no artigo 1º, inciso II c/c 14 da CRB trata-se de um direito fundamental do cidadão, portanto, é merecedor da máxima efetividade possível em decorrência da força normativa do Texto Constitucional. Sendo assim, em regra, deve-se priorizar a elegibilidade do candidato, devendo a inelegibilidade ser declarada somente em casos excepcionais previstos pela Constituição Republicana de 1988 ou por Lei Complementar, haja vista que o afastamento do exercício da cidadania deve ser uma exceção e não uma regra, conforme insistem alguns juristas.

A respeito da inelegibilidade, o doutrinador José Jairo Gomes (2017, p. 4.984) assevera que:

Denomina-se inelegibilidade ou ilegitimidade o impedimento ao exercício da cidadania passiva, de maneira que o cidadão fica impossibilitado de ser escolhido para ocupar cargo político-eletivo. Em outros termos, trata-se de fator negativo cuja presença obstrui ou subtrai a capacidade eleitoral passiva do nacional, tornando-o inapto para receber votos e, pois, exercer mandato representativo. Tal impedimento é provocado pela ocorrência de determinados fatos pre-

vistos na Constituição ou em lei complementar. Sua incidência embaraça a elegibilidade, esta entendida como o direito subjetivo público de disputar cargo eletivo.

O doutrinador anteriormente citado continua ensinando que a inelegibilidade deve ser interpretada de forma estrita, isto é, de maneira menos ampla, pois a inelegibilidade limita o exercício da cidadania passiva ou o direito do cidadão de ser votado e de participar da gestão político-estatal. Lado outro, o direito à elegibilidade deve ser interpretado de modo amplo, conferindo-lhe a máxima efetividade possível para privilegiá-la como direito fundamental do cidadão, conforme já manifestou o TSE, *in verbis*:

O direito à elegibilidade é direito fundamental. Como resultado, de um lado, o intérprete deverá, sempre que possível, privilegiar a linha interpretativa que amplie o gozo de tal direito. De outro lado, as inelegibilidades devem ser interpretadas restritivamente, a fim de que não alcancem situações não expressamente previstas pela norma. (RESPE n. 19257, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Publicação: DJE, Data 12/08/2019).

Dessa maneira, o Poder Judiciário somente está autorizado a indeferir o registro de candidatos em decorrência de ausência de desincompatibilização nos casos previamente fixados pela Constituição e em Lei Complementar, não podendo fazer uma interpretação elastecida para indeferir o registro de candidatura por falta de desincompatibilização em casos não previstos pelo legislador democraticamente eleito pelo povo, até porque “as causas de inelegibilidade devem ser interpretadas restritivamente, a fim de que não alcancem situações não contempladas pela norma e para que evite a criação de restrição de direitos políticos sob fundamentos frágeis e inseguros”, conforme decidiu o Tribunal Superior Eleitoral ao julgar o Recurso Ordinário nº 448-53, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes em 27.11.2014.

Na mesma trilha são os ensinamentos de Rodolfo Viana Pereira (2014, p. 282):

O constituinte originário não deu azo a qualquer entendimento em sentido diverso, pois im-

plicaria, no mínimo, a pressuposição de que a atividade hermenêutica judicial estaria apta a produzir limites a direitos fundamentais, interferindo na disputa eleitoral e no jogo democrático a partir de alicerces erodidos. Sustentar o contrário apresenta-se equivocado por, pelo menos, dois motivos essenciais: Primeiro, significaria inaugurar a hipótese de a minoria parlamentar, sem anteparo constitucional, criar empecilhos, via lei ordinária, ao exercício dos direitos políticos. A reserva constitucional em matéria de elegibilidade e de inelegibilidade (nesse caso também com autorização de regulação via lei complementar) faz parte da arquitetura protetiva da democracia, aí incluída a cláusula da anualidade prevista no artigo 16 da Carta Maior e a taxatividade das hipóteses de cassação de direitos políticos, insculpidas no artigo 15 do mesmo diploma. Em segundo lugar, importaria transferir a decisão sobre a qualidade da representação política para a magistratura, desvirtuando a lógica democrática e desestabilizando a separação de poderes. Isso implicaria o reforço negativo do ativismo judicial, aprofundando o cariz oligárquico do regime político e rompendo, igualmente, com os valores republicanos.

Assim, a Justiça Eleitoral, ao indeferir o registro de candidatura do cidadão em decorrência da ausência de desincompatibilização por manter contrato com o Poder Público, está negando vigência à própria Constituição Republicana de 1988, a qual assegura o direito de votar e ser votado. Portanto, somente pode ser afastado o direito de votar e ser votado nos casos fixados pelo legislador, não sendo ato discricionário do julgador a fixação das causas de inelegibilidades.

O jurista catarinense Rodrigo Valgas dos Santos (2020, p. 229) faz uma crítica ao comportamento da Justiça Eleitoral ao ampliar as hipóteses de inelegibilidade. Veja-se:

Estes direitos políticos estão umbilicalmente ligados a outros tantos direitos fundamentais sem os quais não é possível falar em verdadeira democracia, a exemplo do direito de reunião, do direito a devido processo legal, do direito à ampla defesa e a contraditório entre tantos outros. Igualmente impressiona o modo com a Justiça

Eleitoral constrói sua jurisprudência, pois além de admitir estas indevidas restrições ao direito de votar e ser votado, por vezes os restringe para além dos limites semânticos e sintáticos da LC 64/1990.

O autor anteriormente citado continua asseverando que “se um lado a legislação eleitoral – especialmente a LC 64/1990 – restringe profundamente direitos políticos fundamentais, a jurisprudência amplia e agrava essas disfunções” (SANTOS, 2020, p. 249), o que é maléfico para o regime democrático, visto que não deve ser admitida a ampliação das hipóteses de inelegibilidade com base na conveniência do julgador.

Na obra intitulada *Curso de Direito Constitucional*, subscrita em coautoria por Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, os autores advogam que os Poderes Públicos estão vinculados no que tange ao cumprimento dos direitos fundamentais, não podendo tais direitos serem alterados ou suprimidos pelos Poderes Constituídos. Eis os argumentos dos ilustres constitucionalistas:

O fato de os direitos fundamentais estarem previstos na Constituição torna-os parâmetros de organização e de limitação dos poderes constituídos. *A constitucionalização dos direitos fundamentais impede que sejam considerados meras autolimitações dos poderes constituídos – dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário -, possíveis de serem alterados ou suprimidas ao talante destes.* Nenhum desses Poderes se confunde com o poder que consagra o direito fundamental, que lhes é superior. Os atos dos poderes constituídos devem conformidade aos direitos fundamentais e se expõem à invalidade se os desprezarem (página 235). (Grifos).

Quanto aos direitos fundamentais de participação, continuam corroborando os constitucionalistas:

Há quem situe essa categoria de direitos fundamentais ao lado das referentes aos direitos de defesa e aos direitos a prestação. Será constituída pelos direitos orientados a garantir a participação dos cidadãos na formação da vontade do País, correspondendo ao capítulo da Constitui-

ção Federal relativo aos direitos políticos (MENDES, 2007, p. 235 e 255).

De mais a mais, o direito ao voto e de ser votado foi conquistado com muita dificuldade pelo povo brasileiro ao longo dos anos, não podendo agora o Estado-Juiz, a seu alvedrio, impedir que o cidadão exerça o direito de sufrágio, por se tratar de um direito fundamental do cidadão, sendo merecedor da máxima efetividade possível pelos Poderes da República.

Em razão da importância conferida pelo legislador aos direitos políticos, as causas de inelegibilidade devem ser interpretadas restritivamente e não de forma elastecida, conforme equivocadamente pretendem alguns juristas. Dessa maneira, a inelegibilidade somente deve ser declarada nos casos explicitamente fixados pelo legislador, não podendo ser admitida a fixação de causas de inelegibilidade através de resoluções ou outro instrumento infralegal de autoria dos Tribunais Eleitorais, até porque estes não têm legitimidade para tanto.

Ora, o principal protagonista do processo eleitoral sempre deve ser o eleitor e não o Poder Judiciário. Com isso, a Justiça Eleitoral não deve agir como um legislador positivo para ampliar o rol de inelegibilidades e se tornar o principal ator do pleito eleitoral, conforme ensina Ruy Samuel Espíndola (2013, p. 115), asseverando que:

Hoje, em face do crescente processo de infantilização do eleitor, marginalização dos candidatos, e protagonização do processo eleitoral não mais pelo eleitor popular, mas pelo juiz eleitoral, é necessário investir mais em advogados do que em “marqueteiros”, pois é muito provável que o resultado obtido nas urnas poderá ser “subvertido” ou “golpeado” na justiça eleitoral, em desfavor do eleito pela soberania popular e, principalmente, em desfavor da própria soberania popular ao argumento fictício de protegê-la dela própria.

Não há dúvida de que a Justiça Eleitoral deve agir com razoabilidade e prudência para preservação da soberania popular em sua plenitude, haja vista que o resultado obtido nas urnas somente pode ser afastado em situações excepcionais, como bem adverte o doutrinador Ruy Samuel Espíndola (2013, p. 111):

(...) é preciso alta reflexão e adequada contenção legal e hermenêutica, para que o Judiciário eleitoral não substitua a vontade dos eleitores, dos partidos políticos e dos candidatos, não substitua a vontade popular pela sua vontade - a vontade judicial não eleita, mas indevidamente eletiva, quando posta em lugar da vontade das urnas.

Com base nessas considerações, conclui-se que a Justiça Eleitoral somente deve declarar o candidato inelegível ou cassar o mandato eletivo nas hipóteses fixadas pelo legislador, não sendo admitida interpretação elastecida para afastar o pretenso candidato do processo eleitoral ou cassar o mandato daquele que foi eleito pela soberania popular, em decorrência de meras irregularidades ou interpretações extensivas, visto que a vontade do eleitor manifestada nas urnas, em regra, deve prevalecer para prestigiar a vontade popular e os princípios republicanos inaugurados com a Constituição de 1988.

## **Conclusão**

Diante dos fatos relatados, conclui-se que não é necessário o pretenso candidato requerer a rescisão do contrato administrativo decorrente de processo licitatório, com cláusulas uniformes, e, com isso, desincompatibilizar-se para concorrer a mandato eletivo.

É digno de aplausos o posicionamento adotado pelos Tribunais Eleitorais nas eleições municipais em 2020, no sentido de que não é necessária a desincompatibilização para o detentor de contrato administrativo, com cláusulas uniformes, para concorrer a mandato eletivo, uma vez que não há exigência legal para desincompatibilizar a fim de participar do pleito eleitoral. Ademais, o contrato administrativo firmado com o Poder Público decorrente de certame licitatório com cláusulas abertas obedece, em geral, a cláusulas uniformes, motivo pelo qual se aplica a ressalva da parte final do art. 1º, II, i, da Lei Complementar nº 64/90, não havendo necessidade de desincompatibilização.

Sendo assim, pode-se concluir que é dispensável, para fins de concorrer a cargo eletivo, a desincompatibilização e, com isso, a rescisão do contrato administrativo com cláusulas uniformes com a Administração Pública, tendo em vista que se trata de uma situação excepcional das causas de inelegibilidade.

Em razão do posicionamento adotado pelo Superior Tribunal Eleitoral acerca da desnecessidade de desincompatibilização

quando o cidadão é detentor de contrato administrativo com cláusulas uniformes, deveriam os demais Tribunais Eleitorais Pátrios seguir o mesmo entendimento, por força do que determina o artigo 927 do CPC de 2015, visto que a uniformidade do entendimento acerca de determinada matéria é benéfica ao sistema jurídico, pois traz segurança jurídica aos jurisdicionados, evitando-se, com isso, decisões conflitantes.

Conforme restou consignado ao longo do texto, o exercício do direito de votar e ser votado somente deve ser afastado em casos excepcionais e nos exatos termos previstos em lei, não estando o intérprete ou o julgador autorizado a criar, a seu bel-prazer, as causas de inelegibilidades e, com isso, afastar o exercício de sufrágio, que se consubstancia no direito de votar e de ser votado.

## Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

AVILA, Humberto, **Teoria dos Princípios - Do princípio à aplicação dos princípios jurídicos**, 18. ed., 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32. ed. Rev. ampl. e atualizada até 19-01-2018. São Paulo: Atlas, 2018.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Justiça Eleitoral Contramajoritária e Soberania Popular: a demo-**

**crática vontade das urnas e a autocrática vontade judicial que a nulifica**. Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina - Unisul de Fato e de Direito | Ano III – Nº 7 – JUL/DEZ 2013.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Controle do mérito do ato administrativo pelo judiciário**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.);

FILHO, Marçal Justen. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FUX, Luiz. FRAZÃO, Carlos Eduardo. **Novos Paradigmas do Direito Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

- GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 13. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.
- MEDEIROS, Marcilio Nunes. **Legislação eleitoral comentada e anotada**. Salvador: JusPodivm, 2017.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. Malheiros, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.
- NOVELINO, Marcelo. CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Constituição Federal para concursos**. 12 ed. Editora JusPodivm, 2020, p. 14.
- PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). **Elegibilidade e Inelegibilidades**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- SANTOS, Rodrigo Valgas dos. **Direito Administrativo do medo: o risco e fuga às responsabilização dos agentes públicos**. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010.



# Honorários Advocatícios de Sucumbência e Gratuidade de Justiça – Compatibilidade

**Elton Nobre de Oliveira**

*Advogado no Rio de Janeiro  
Pós-Graduado em Direito Processual Civil -  
Veiga de Almeida – RJ*

## RESUMO

O presente artigo traz à discussão a questão referente ao tratamento dado por nosso ordenamento jurídico à possibilidade de condenação da parte beneficiária da gratuidade de justiça, vencida no processo, ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais ao Advogado da parte contrária.

Palavras-chave: Honorários de sucumbência. Gratuidade de justiça. Condenação. Suspensão da exigibilidade.

## ABSTRACT

This article brings to the discussion the issue regarding the understanding adopted by our legal system regarding the possibility of condemning the beneficiary party of free legal assistance, unsuccessful in the process, to the payment of attorney's fees for loss of suit to the opposing party's attorney.

Keywords: Sucumbency fees. Gratuity of justice. Conviction. Suspension of liability.

## Introdução

O presente trabalho tem por objetivo, sem a pretensão de esgotar o estudo sobre o tema, apresentar conclusões acerca do tratamento dado pela legislação, doutrina e jurisprudência de nosso país no que tange à gratuidade de justiça, aos honorários advocatícios sucumbenciais, assim como à possibilidade de condenação da parte beneficiária da justiça gratuita, vencida no processo, ao pagamento de honorários sucumbenciais ao Advogado da parte contrária.

Inicialmente, será feita uma análise acerca dos critérios exigidos e dos limites estabelecidos no deferimento do pedido formulado pela parte que, declarando-se desprovida de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios decorrentes daquela demanda judicial, requer o deferimento de pedido de gratuidade de justiça.

Na sequência será abordada, ainda que de forma concisa, a natureza jurídica dos honorários, especialmente os sucumbenciais, demonstrando-se a sua natureza de verba alimentar, destinada ao sustento do profissional Advogado.

Por fim, serão expostas as conclusões deste estudo acerca da possibilidade de ser a parte que tenha obtido o deferimento de gratuidade de justiça, caso vencida, ser condenada a pagar honorários advocatícios sucumbenciais ao Advogado da parte contrária, a fim de remunerar o profissional do Direito pelo trabalho desempenhado no processo, na defesa dos interesses de seu(s) constituinte(s).

## **1 Gratuidade de justiça – pedido e deferimento**

Preliminarmente, merece destaque uma breve abordagem acerca da gratuidade de justiça, salientando-se que tal instituto tem origem na fase colonial, com previsão expressa nas Ordenações Filipinas, superada somente pelo Código Civil de 1916, no sentido de que, para a obtenção de tal benefício, a parte deveria, em audiência, orar pela alma de um rei português.

Certo é que tal estranho procedimento passou a ser regulado, em outro momento histórico, pelas normas do Código de Processo Civil de 1939, quando a gratuidade de justiça somente era deferida mediante a apresentação de um *atestado de pobreza*, fornecido pela autoridade policial.

Tal procedimento foi substituído futuramente, sem muitas alterações, pela Lei nº 1.060, de 1950.

Atualmente, o instituto é regido pelas modernas normas e princípios expressos no Código de Processo Civil de 2015 – CPC/2015, especificamente nos artigos 98 a 102, apresentando duas vantagens: a) por um lado, evita-se a duplicidade de normas a regular a mesma matéria, e (b) por outro, passa o instituto da gratuidade de justiça a ser norteado por diversos princípios fundamentais, tais como a boa-fé, a cooperação e o contraditório, conforme ensinamento de Didier Jr. e Oliveira (2016).

Em síntese, a normatização da gratuidade de justiça pelo CPC/2015, além de fazer valer a unicidade normativa, permite,

em função da linha adotada pelo estatuto processual vigente, sejam alcançadas com maior abrangência a igualdade e efetividade na solução dos conflitos levados ao Judiciário.

No intuito de tratar a questão referente à gratuidade de justiça da forma mais didática e técnica possível, mostra-se necessária uma breve abordagem sobre a correta definição de institutos similares que podem levar a uma incorreta utilização de termos que não representam necessariamente a mesma coisa.

A fim de bem elucidar a questão, deve ser feita a correta distinção entre os termos *assistência jurídica*, *justiça gratuita* e *assistência judiciária*.

Tratando do tema da última para a primeira, deve ser salientado que a *assistência judiciária* trata especificamente do direito de ser assistido por um profissional do Direito – o que normalmente se dá por integrante das Defensorias Públicas –, que possa defender seus interesses de modo técnico, sem custo algum.

Já a *gratuidade de justiça* ou *justiça gratuita*, objeto do presente estudo, trata especificamente da dispensa quanto ao adiantamento das despesas processuais por aquele desprovido de recursos imediatos e líquidos.

A denominada *assistência jurídica*, por sua vez, representa um conceito de maior amplitude, abarcando tanto a *assistência judiciária* quanto a *gratuidade de justiça*, sem prejuízo de outras iniciativas que permitam uma maior aproximação entre a sociedade e os serviços jurídicos, buscando atingir aqui não só os necessitados, mas os jurisdicionados como um todo.

Devidamente especificada a distinção entre os institutos citados anteriormente, questão que se afigura relevante é a que trata da permissão para que a parte necessitada venha pleitear somente um deles, e não outros.

Melhor explicando, a questão posta se refere a poder ou não ser deferida a *gratuidade de justiça* (dispensa do adiantamento de despesas) a alguém que dispense a *assistência judiciária* e contrate profissional do Direito para defender seus interesses.

A resposta é positiva, tendo merecido metucioso estudo pelo saudoso José Carlos Barbosa Moreira (1994, p. 50 e 58), citado por Didier e Oliveira (2016, p. 25), a seguir transcrito, antes mesmo da previsão expressa no artigo 99, § 4º, do CPC/2015.

Sobre o tema, eis o que ensina Barbosa Moreira:  
“Uma coisa é dispensar o economicamente fraco

de determinados pagamentos – com o que apenas se priva da correspondente receita a entidade à qual se teria de pagar, outra coisa é proporcionar-lhe a prestação de serviços realizados, sob condições normais, por terceiro(s), mediante remuneração – para o que podem tornar-se indispensáveis medidas no plano da organização administrativa, e não haverá como evitar o aumento de despesa. Embora o ideal seja conjugá-las, em princípio concebe-se que qualquer dessas duas ordens de providências se veja implementada independentemente da outra.”

Em outro ponto, continua: “Se o seu direito abrange ambos os benefícios – a isenção de pagamentos e a prestação de serviços (cf. *supra*, nº 1) -, nada obsta a que ele reclame do Estado apenas o primeiro. É antijurídico impor-lhe o dilema: tudo ou nada. (...) Felizmente, os tribunais têm sabido repelir, na grande maioria dos casos, as investidas da tese – verdadeiramente absurda – da incompatibilidade entre o beneficiário da justiça gratuita e a escolha pessoal do advogado pelo beneficiário.”.

A questão se encontra atualmente superada, uma vez que o legislador ordinário fez constar de maneira expressa tal entendimento, na forma do que prevê o artigo 99, § 4º, do CPC/2015, conforme anteriormente referido, transcrito a seguir:

Art. 99. O pedido de gratuidade pode ser formulado na petição inicial, na contestação, na petição para ingresso de terceiro no processo ou em recurso.

...

§ 4º A assistência do requerente por advogado particular não impede a concessão de gratuidade da justiça.

De acordo com entendimento uníssono por parte dos estudiosos do tema, a gratuidade traduz gênero de primeira necessidade, inserido que se mostra como um desdobramento de direitos fundamentais, especialmente do acesso à justiça e da dignidade da pessoa humana.

Não pode restar qualquer sombra de dúvida no sentido de que a gratuidade de justiça, que permite aos desprovidos de recursos o acesso ao Judiciário em busca de fazer valer seus direi-

tos, manifesta expressa concretização da tão buscada igualdade material entre todos os cidadãos, a qual se traduz em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Assim, devidamente posicionado em termos de natureza jurídica, deve ser apontado neste momento o enquadramento legal do instituto da *gratuidade de justiça*, assim como as principais controvérsias acerca do tema.

O CPC/2015 prevê o regramento acerca de tal instituto nas normas expressas nos artigos 98 a 102.

Questão relevante que vem tomando conta de diversos debates acerca do tema diz respeito à abrangência das hipóteses legais previstas para o deferimento da gratuidade de justiça, expressas nos incisos do § 1º, do artigo 98, do CPC/2015, se restritiva ou extensiva.

Verifica-se que o entendimento majoritário dos estudiosos da matéria sedimentou-se no sentido da necessidade de se atribuir o caráter extensivo a tais regras, uma vez que entendimento contrário se mostra flagrantemente em desacordo com princípios constitucionais, tais como o direito à assistência jurídica (*lato senso*) integral e gratuita.

Por tais motivos, tem merecido severas críticas a denominada *jurisprudência defensiva* (ou *ofensiva ao acesso à justiça*) posta em prática por alguns órgãos do Poder Judiciário.

Por outro lado, tratando o benefício da *justiça gratuita* de uma responsabilidade inexoravelmente *provisória*, atuando no âmbito do *adiantamento* das despesas, ao tratar do momento da *definitividade* do processo, o legislador processual de 2015 não deixou de prever a condenação do beneficiário da justiça gratuita, caso vencido, nos ônus sucumbenciais, especialmente ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais – artigo 98, §§ 2º e 3º, do CPC/2015.

Tal previsão legal tem por objetivo, entre outros, impedir que a gratuidade de justiça deferida àquele que não dispõe de recursos imediatos para a demandar em juízo se transforme em um estímulo à litigância irresponsável.

Outro dispositivo expresso na vigente legislação processual – artigo 98, VI, do CPC/2015 – merece uma especial análise, a fim de que se elucide eventual dúvida que possa existir acerca da espécie de honorários abrangida pela gratuidade de justiça.

Procedendo-se a uma breve análise sobre a natureza de tais honorários, não se pode chegar a outra conclusão que não aponte para os honorários *contratuais*, haja vista que os honorários

advocatícios decorrentes da *sucumbência* o legislador excepcionou de forma expressa no § 2º, do multimencionado artigo 98, do CPC/2015.

Acresce ao disposto na norma anteriormente referida que, em relação aos honorários *sucumbenciais*, o artigo 98, § 3º, ainda determina que o beneficiário da *gratuidade de justiça*, se vencido, será condenado ao pagamento, motivo pelo qual não pode restar dúvida alguma que a abrangência da gratuidade deferida no inciso VI, do referido artigo 98, somente pode atingir os honorários contratuais.

O deferimento da *assistência jurídica*, enquanto gênero, além da *gratuidade de justiça*, produz o efeito de estender a seu beneficiário o direito à *assistência judiciária*, ou seja, permite ter seus interesses defendidos por profissional do Direito, sem que tenha que despende dos valores referentes ao devido pagamento.

Todavia, caso o beneficiário da *gratuidade de justiça* opte por contratar Advogado particular, não estará dispensado do respectivo pagamento, pelos serviços pactuados, exceto se o profissional aceitar prestar seus serviços *pro bono*, isto é, sem remuneração, voluntária e gratuitamente.

De outra forma, caso não haja na localidade órgão da Defensoria Pública, seja da União, dos Estados ou do Distrito Federal, que possa defender os interesses do beneficiário da *gratuidade de justiça*, e houver a indicação de Advogado Dativo, nomeado *ad hoc* pelo juízo, em tal hipótese não será aquele obrigado a antecipar o pagamento pelos serviços prestados, arcando o ente público com a respectiva remuneração.

Finalizando o tema ora analisado, resta esclarecer que o artigo 99, § 3º, do CPC/2015, dispõe de forma expressa que, em relação à pessoa *natural*, presume-se verdadeira a simples afirmação de insuficiência de recursos, dispensando-se, preliminarmente, qualquer comprovação.

Não se olvide que a presunção que milita em favor da pessoa *natural* ao requerer o deferimento da *gratuidade de justiça*, considerando sua relatividade, admite prova em contrário, ficando tal comprovação a cargo da parte contrária, que assim alegar.

Transcrevendo mais uma vez o renomado José Carlos Barbosa Moreira (1977, p. 20), assim expressam Didier Jr. e Oliveira (2016, p. 67):

Barbosa Moreira conceitua a presunção *iuris tantum* como o substrato fático que a lei estabele-

lece como verdade até prova em contrário. O fato é havido como verdadeiro, até que se prove o contrário. “Do exposto ressalta com meridiana clareza a função prática exercida pela presunção legal relativa: ela atua – e nisso se exaure o papel que desempenha – na distribuição do ônus da prova, dispensando deste o litigante a quem interessa a admissão do fato presumido como verdadeiro, e correlativamente atribuindo-o à outra parte, quanto ao fato contrário”.

Registre-se, por outro lado, que a referida presunção relativa que milita em favor da pessoa *natural* não atua em favor da pessoa *jurídica*, tenha ela fins lucrativos ou não, sendo certo que o requerimento formulado nesses casos deve vir necessariamente acompanhado de prova da má situação financeira apta ao deferimento da *gratuidade de justiça*.

## 2 Honorários advocatícios – natureza jurídica

Os honorários advocatícios podem ser divididos em *contratuais*, *sucumbenciais* e, após a vigência do CPC/2015, nos novos honorários de *sucumbência recursal*, fixados estes pelos Tribunais, que deverão obedecer ao percentual máximo previsto em Lei considerado como razoável (LAMACHIA e VIVEIROS, 2018).

Conforme depreendemos do que leciona Neves (2018), os honorários advocatícios, sejam de natureza *contratual*, sejam *sucumbenciais*, traduzem a remuneração do profissional Advogado em decorrência da prestação de serviços jurídicos em atividade consultiva ou na atuação em demanda judicial.

A primeira espécie anteriormente referida – honorários contratuais – decorre de um pacto celebrado entre o cliente e o profissional de sua escolha para o desempenho de atividades jurídicas, enquanto a segunda – honorários sucumbenciais – tem origem na vitória de seu cliente em demanda judicial.

Acerca dos honorários advocatícios sucumbenciais recursais, inseridos no estatuto processual de 2015, assim leciona Câmara (2015, p. 71):

Fixados os honorários na sentença, pode haver um aumento da verba em grau de recurso. É o instituto dos *honorários de sucumbência recursal*, de que trata o § 11 do art. 85.

Incumbe ao Tribunal, ao julgar o recurso, majorar os honorários advocatícios fixados no grau inferior, levando em conta o trabalho adicional realizado pelo advogado em grau de recurso. O aumento ocorrerá tanto nos casos em que o recurso seja julgado pelo relator, monocraticamente, como nas hipóteses de julgamento colegiado (FPPC, enunciado 242). No caso de ser provido o recurso e reformada a decisão recorrida, o tribunal deverá redistribuir os honorários advocatícios fixados em primeiro grau e, além disso, fixar os honorários de sucumbência recursal (FPPC, enunciado 243).

Ambas as espécies de honorários, conforme ampla e definitivamente decidido pelos nossos Tribunais Superiores, possuem natureza de *verba alimentar*, destinada ao sustento do profissional Advogado e sua família, gozando de todas as prerrogativas deferidas aos créditos de natureza trabalhista, o que veio a ser tão somente confirmado pela norma inserta no artigo 85, § 14, do CPC/2015.

Conforme transcrito por Lamachia e Viveiros (2018, p. 39), o Superior Tribunal de Justiça já se manifestava em tal sentido, segundo Ementa do REsp 706.331/PR:<sup>1</sup>

No que se refere à titularidade dos honorários, Bueno (2016, p. 146) assim explica:

A primeira regra a ser destacada é a que merece ser extraída do *caput* do artigo 85. Ao preceituar que “A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor”, o CPC de 2015 acaba por indicar expressamente o próprio advogado (e não a parte por ele patrocinada) como destinatário dos honorários *sucumbenciais*, isto é, os honorários devidos no âmbito do processo. Aperfeiçoa, assim, explicitando, o que já decorre do art. 23 da Lei nº 8.906/1994, o Estatuto da OAB.

<sup>1</sup> HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – SUCUMBÊNCIA – NATUREZA ALIMENTAR – Os honorários advocatícios relativos às condenações por sucumbência têm natureza alimentícia. Eventual dúvida existente sobre essa assertiva desapareceu com o advento da Lei 11.033/04, cujo Art. 19, I, refere-se a ‘créditos alimentares. Inclusive alimentícios’.” (REsp 706.331/PR, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Corte Especial, DJe 31.3.2008).

Referindo-se tanto ao caráter de verba alimentar quanto à titularidade dos honorários advocatícios, assim é a lição de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p. 243):

1. Honorários Advocatícios. Os honorários advocatícios a que alude o art. 85, CPC são aqueles arbitrados judicialmente e não outros. Não se trata daqueles contratados entre a parte e o seu patrono. O que interessa para condenação em honorários é a derrota no processo. São devidos honorários advocatícios ainda que o advogado funcione em causa própria. O art. 22, caput, Lei 8.906/1994 (EOAB) dispõe que “a prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência”, e o art. 23 assevera que “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”. Os honorários advocatícios, quer oriundos do negócio entre as partes, quer oriundos da sucumbência, têm caráter alimentar (art. 85, § 14, CPC; STJ, 3.<sup>a</sup> Turma, REsp 948.492/ES, rei. Min. Sidnei Beneti, j. 01.12.2011, Dje 12.12.2011).

No que tange à norma inserta no § 14, do artigo 85, anteriormente citada, merece destaque, outrossim, haver encerrado a discussão sobre matéria que, durante longo tempo, causou inúmeros transtornos à justa remuneração do profissional Advogado; tal questão se refere à impossibilidade de compensação dos honorários advocatícios sucumbenciais em caso de sucumbência recíproca.

O encerramento da discussão no sentido da vedação da compensação dos honorários advocatícios, de forma irretocável, tem por princípio basilar o fato de que tal verba, de natureza alimentar, conforme já delineado, pertence ao profissional, e não ao seu cliente, não sendo possível qualquer tipo de compensação.

Saliente-se que o instituto da *compensação*, previsto na norma do artigo 368, do Código Civil brasileiro, tem lugar quando duas pessoas forem, ao mesmo tempo, credoras e devedoras, uma

da outra, hipótese em que as obrigações se extinguem, até onde se compensarem.

Na ocorrência de sucumbência recíproca, por óbvio, é a parte contratante quem suporta a “perda” havida, e não seu Advogado, motivo pelo qual não pode este ser penalizado com qualquer redução em sua remuneração a título de compensação, no que agiu de modo irretocável o legislador processual.

Registre-se, ainda, que o CPC/2015 adotou predominantemente a *sucumbência* como fator primordial para que se imponha condenação ao pagamento de honorários ao Advogado que atuou em defesa dos interesses da parte vencedora na demanda. Em apenas algumas hipóteses, foi adotado o princípio da *causalidade*, sendo condenada ao pagamento de honorários sucumbenciais, independentemente de ser vencida ou vencedora, a parte que deu causa ao ajuizamento do processo.

A aplicação do princípio da *causalidade*, exemplificativamente, ocorre nos casos de perda do objeto – § 10, do artigo 85, assim como nas hipóteses de desistência, renúncia ou reconhecimento do pedido – artigo 90, todos do CPC/2015.

Por fim, merece análise questão referente à possibilidade de cobrança de honorários advocatícios sucumbenciais quando tal matéria deixou de ser decidida na sentença ou acórdão.

Anteriormente à vigência do CPC/2015, o entendimento jurisprudencial se inclinava no sentido da impossibilidade de execução, ou mesmo de cobrança por meio de ação autônoma, dos honorários advocatícios sucumbenciais quando a decisão judicial transitada em julgado houvesse restado omissa quanto ao tema.

Tal entendimento levou inclusive o Superior Tribunal de Justiça – STJ a editar a Súmula 453, de sua jurisprudência dominante, com o seguinte teor:

**Súmula 453.** Os honorários sucumbenciais, quando omitidos em decisão transitada em julgado, não podem ser cobrados em execução ou em ação.

A interpretação dada até então, que impedia o profissional Advogado de receber a devida remuneração pelos serviços prestados em decorrência da vitória de seu cliente na demanda, era justificada pela existência e imutabilidade de coisa julgada.

Todavia, o CPC/2015, em seu artigo 85, § 18, resolveu a questão da maneira mais adequada. Tal dispositivo prevê, de forma expressa e indubitável, a possibilidade de ajuizamento

de ação autônoma para a definição e cobrança de honorários advocatícios sucumbenciais quando a decisão judicial for omissa a respeito.

### **3 Condenação do beneficiário da *gratuidade de justiça* a pagar honorários sucumbenciais**

Neste terceiro capítulo do presente trabalho, será abordada especificamente a conjugação do que foi explanado nos dois anteriores, ou seja, a possibilidade de condenação do beneficiário da *gratuidade de justiça* ao pagamento de honorários de sucumbência ao Advogado da parte contrária.

A norma prevista no artigo 98, § 2º, do CPC/2015, não deixa qualquer dúvida acerca da possibilidade, sendo complementada pelo que reza o § 3º, *in verbis*:

Art. 98

...

§ 2º A concessão da gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência.

§ 3º Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguido-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

A conclusão acerca do conjunto das normas anteriormente transcritas se dá no sentido de que o beneficiário da *gratuidade de justiça*, caso vencido, será condenado ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência, ficando a obrigação, entretanto, sujeita a condição suspensiva de exigibilidade durante 5 (cinco) anos, somente podendo ser efetivamente cobrada se, no curso do referido lapso temporal, o credor – Advogado da parte contrária – demonstrar que deixou de existir a insuficiência de recursos que justificou o deferimento do benefício.

No preciso ensinamento de Didier Jr e Oliveira (2016, p. 99-100), não se mostra necessário que o credor prove ter o deve-

dor recebido uma significativa e inesperada quantia. Entendimento contrário implicaria na ultrapassada conclusão de que somente aquele reconhecidamente pobre, atestado por declaração de pobreza, teria direito ao benefício da gratuidade.

Considerando o pacífico entendimento atual, no sentido de que não se exige uma situação de penúria ou de miséria para a concessão do benefício da *gratuidade de justiça*, basta ao credor demonstrar, no prazo de 5 (cinco) anos, que o devedor dispõe de bens capazes de responder pela dívida.

Não se desincumbindo o credor de tal demonstração no referido prazo em que a exigibilidade se encontra suspensa, a obrigação se extingue, conforme expresso na parte final do transcrito § 3º, do artigo 98, do CPC/2015.

Outro detalhe importante se refere aos novos honorários de sucumbência recursal, deferidos na forma prevista no artigo 85, § 11, quando o benefício da gratuidade de justiça somente é pleiteado, e deferido, quando da interposição de recurso.

Não é incomum a parte vencida em primeira instância, até então não beneficiária da gratuidade de justiça, pleitear tal benefício com o fim primordial de se livrar da condenação ao pagamento das verbas sucumbenciais.

Assim, se, por um lado, é certo que a gratuidade pode ser deferida a qualquer momento, inclusive quando da interposição de recurso – *caput* e § 7º, do artigo 99, do CPC/2015 – não menos certo é que a eficácia de tal deferimento não se dá de maneira retroativa, mas sim em relação a fatos futuros.

De tal modo, exemplificativamente, caso a parte haja sido condenada em primeira instância ao pagamento de honorários sucumbenciais no percentual de 10% e, deferido o benefício da gratuidade de justiça após a interposição de recurso, em segunda instância a condenação foi majorada para 15%, estaremos diante de duas pretensões executivas: (i) a primeira, referente a 10%, não estará sujeita à suspensão prevista na parte final do § 3º, do artigo 98, do CPC/2015; e (ii) a segunda, no montante da diferença – 5% – sujeita à limitação constante do mesmo § 3º, do artigo 98, do CPC/2015.

Finalizando, resta um breve comentário acerca da possibilidade de condenação do beneficiário da *gratuidade de justiça* em caso de pedido de condenação ao ressarcimento de danos morais, cumulado com outros pedidos, quando julgados de forma parcialmente procedente.

Antes da vigência do CPC/2015, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento expresso na Súmula 326 de sua juris-

prudência dominante, segundo a qual “na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca”.

Com o advento do novo estatuto processual, a norma expressa no artigo 292, V, prevendo que o valor da causa constará da petição inicial e será “V – na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano moral, o valor pretendido”, enseja uma aparente contradição com o que entendia o STJ.

Sem que se adentre nos pormenores que levaram o STJ à manutenção do entendimento exarado na referida Súmula 326, o que foge do espectro do presente trabalho, resta o esclarecimento acerca de ser analisada a sucumbência em relação a cada um dos pedidos, sendo um deles de indenização por danos morais.

Para que se chegue a uma conclusão harmônica entre o entendimento firmado pelo STJ e o previsto na legislação processual, necessária se faz a segregação dos pedidos formulados. Em outras palavras, a procedência parcial do pedido de indenização por danos morais não implica em sucumbência recíproca, o que não significa que tal entendimento deva se aplicar à totalidade dos pedidos formulados.

De tal forma, segregados os pedidos, em relação àqueles outros onde houver improcedência, a sucumbência será total, impondo-se, em tal hipótese, a condenação do vencido, ainda que beneficiário da *gratuidade de justiça*, ao pagamento de honorários de sucumbência ao Advogado da parte contrária.

## Conclusão

Em rota de conclusão, resta reiterar, nos termos da explanação supra, as três questões objeto do presente.

Inicialmente, foram abordados aspectos tidos como relevantes em relação à *gratuidade de justiça*. Foram, então, delineadas as questões referentes a se tratar de um gênero de primeira necessidade, que tem por um de seus objetivos alcançar a igualdade material, motivo pelo qual merece interpretação extensiva para suas hipóteses.

No segundo capítulo, foram tratadas questões pontuais no que tange aos honorários advocatícios, sejam os contratuais, sejam os sucumbenciais. Foram explicitadas questões relativas ao caráter alimentar da verba, ao tempo em que se cuidou da expressa vedação legal quanto à compensação dos honorários de sucumbência na hipótese de sucumbência recíproca. Também foi

abordada a opção do legislador processual de 2015 pela sucumbência em lugar da causalidade como critério determinante da condenação ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, além da possibilidade de ajuizamento de ação autônoma para a definição e cobrança de honorários não deferidos na decisão judicial, por omissão.

No terceiro e último dos capítulos, foi traçada a interligação entre os dois primeiros, demonstrando-se, especialmente, a possibilidade de o beneficiário da *gratuidade de justiça*, caso vencido, ser condenado ao pagamento dos honorários de sucumbência em favor do Advogado da parte contrária, vencedora na demanda.

Sem qualquer pretensão de ter esgotado o estudo sobre o assunto, o que não se insere nos objetivos do presente, buscamos deixar devidamente explicitado que:

- a gratuidade de justiça traduz um desmembramento da ordem constitucional que garante a todos o amplo acesso à justiça, mediante a tão almejada igualdade material;

- em se tratando a gratuidade de justiça de gênero de primeira necessidade, as hipóteses previstas nos incisos do § 1º, do artigo 98, do CPC/2015, merecem interpretação extensiva;

- os honorários advocatícios possuem natureza de verba alimentar, sendo vedada qualquer compensação de tais verbas em casos de sucumbência recíproca;

- com o regramento explícito no CPC/2015, resta permitido o ajuizamento de ação autônoma para definição e cobrança de honorários advocatícios sucumbenciais quando omissa a decisão judicial transitada em julgado; e

- a *gratuidade de justiça* não afasta a responsabilidade do beneficiário pelos honorários advocatícios decorrentes da sucumbência, restando suspensa a exigibilidade até que o credor demonstre que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que fundamentou a concessão do benefício.

## Referências

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DIDIER Jr., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Benefício da Justiça Gratuita**. 6. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

LAMACHIA, Claudio; VIVEIROS, Estefânia. **Honorários Advocatícios no CPC – Lei 13.105/2015**.

Edição ampliada – Brasília: OAB, Conselho Federal, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 10. edição, revista, ampliada e atualizada. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.



# Uma análise sobre o cabimento de ação rescisória no TST por violação manifesta à norma jurídica com fundamento em decisão da SBDI-1 do Tribunal

**Gustavo Schmidt de Almeida**

*Advogado da CAIXA no Rio Grande do Sul*

*Pós-graduado em Direito Civil e seus*

*Instrumentos de Tutela*

*Pós-graduando em Direito Tributário*

## RESUMO

Com previsão no art. 836 da CLT, e hipóteses de cabimento traçadas no art. 966 do Código de Processo Civil, o ordenamento jurídico admite a ação rescisória por violação manifesta de norma jurídica. Uma relevante questão que permeia esse universo é saber, com critérios que forneçam segurança, quando uma norma jurídica foi manifestamente violada pela coisa julgada material que se busca rescindir. Ao lado desse quadro, o novo Código de Processo Civil inaugurou um novo paradigma no processo civil brasileiro, ao tratar de um conjunto de normas que fixam um sistema de precedentes com força obrigatória. Além disso, o Estatuto de Processo também foi inovador ao criar regra inédita que obriga os Tribunais de manterem sua jurisprudência uniforme, íntegra e coerente. Esse cenário fez despertar a curiosidade de entender qual a força que possui uma decisão do órgão do Tribunal Superior do Trabalho (TST) incumbido de pacificar o entendimento entre as turmas da Corte Superior sobre determinada matéria, e se essa decisão teria o condão de ensejar a rescisão de coisa julgada material proferida por Turmas do Tribunal contrária ao seu teor. O presente trabalho tem como objetivo analisar o tratamento que vem sendo dispensado pelo TST e pela doutrina em relação ao tema. Para tanto, serão buscadas referências doutrinárias, bem como serão estudadas decisões da Corte a respeito do assunto. Disso, será extraída uma conclusão sobre o panorama atual do tema.

Palavras-chave: Ação rescisória. Processo do Trabalho. Precedentes. Dever de uniformização da jurisprudência.

## ABSTRACT

With provision in art. 836 of the CLT, and appropriate hypotheses outlined in art. 966 of the Code of Civil Procedure, the legal system admits the rescission action for manifest violation of a legal norm. A relevant question that permeates this universe is knowing, with criteria that provide security, when a legal norm has been manifestly violated by the *res judicata* that is sought to be terminated. Alongside this framework, the new Code of Civil Procedure inaugurated a new paradigm in the Brazilian civil procedure, by dealing with a set of rules that establish a system of precedents with mandatory force. In addition, the Procedural Statute was also innovative in creating unprecedented rule that obliges the Courts to maintain their uniform, complete and coherent jurisprudence. This scenario aroused the curiosity to understand the strength of a decision by the TST body charged with pacifying the understanding between the Superior Court classes on a given matter, and whether this decision would have the power to give rise to the rescission of *res judicata* to its content. The present work aims to analyze the treatment that has been given by the Superior Labor Court and by the doctrine in relation to the subject. To this end, doctrinal references will be sought, as well as the Court's decisions on the matter will be studied. From this, a conclusion will be drawn about the current panorama of the subject.

Keywords: Termination action. Work Process. Precedents. Duty to standardize jurisprudence.

## Introdução

Com previsão no art. 836 da CLT, e hipóteses de cabimento traçadas no art. 966 do Código de Processo Civil, o ordenamento jurídico admite a ação rescisória por violação manifesta de norma jurídica.

Uma relevante questão que permeia esse universo é saber, com critérios que forneçam segurança, quando uma norma jurídica foi manifestamente violada pela coisa julgada material que se busca rescindir.

Ao lado desse quadro, o novo Código de Processo Civil inaugurou um novo paradigma no processo civil brasileiro, ao tratar de um conjunto de normas que fixam um sistema de precedentes com força obrigatória.

Além disso, o Estatuto de Processo também foi inovador ao criar regra inédita que obriga os Tribunais a uniformizarem sua jurisprudência, e de mantê-la íntegra, estável e coerente.

Esse cenário fez despertar a curiosidade de entender qual a força que possui uma decisão do órgão do TST incumbido de pacificar o entendimento entre as turmas da Corte Superior sobre determinada matéria, e se essa decisão teria o condão de ensejar a rescisão de coisa julgada material proferida por Turmas do Tribunal contrária ao seu teor.

O presente trabalho tem como objetivo analisar o tratamento que vem sendo dispensado pelo Tribunal Superior do Trabalho e pela doutrina em relação ao tema. Para tanto, serão buscadas referências doutrinárias, bem como serão estudadas decisões da Corte a respeito do assunto. Disso, será extraída uma conclusão sobre o panorama atual do tema.

## **1 O marco divisor quanto a ser, ou não, controvertida, nos Tribunais, a interpretação da norma jurídica, segundo o TST**

O ordenamento jurídico admite a ação rescisória por violação manifesta de norma jurídica, consoante as disposições do art. 966, V do Código de Processo Civil, aplicável ao processo do trabalho.

Pontua Miessa (2021) que a ação, por ser um remédio extremo, com o objetivo de desconstituir a coisa julgada material, deve ser viável apenas em casos excepcionais. Acentua que a violação à norma jurídica deve ser literal, categórica, frontal, aberrante, e que o TST, seguindo a trilha da Súmula 343 do STF, não a admite se a interpretação da norma jurídica for razoável ou se não exista controvérsia sobre sua aplicação.

A Súmula 83 do TST trata desse tema, abordando o cabimento de ação rescisória fundada em violação manifesta à norma jurídica, que é hipótese de cabimento prevista no artigo 966, V do Código de Processo Civil.

O seu teor é este:

I - Não procede pedido formulado na ação rescisória por violação literal de lei se a decisão rescindenda estiver baseada em texto legal infraconstitucional de interpretação controvertida nos Tribunais; II - O marco divisor quanto a ser, ou não, controvertida, nos Tribunais, a interpretação dos dispositivos legais citados na ação

rescisória é a data da inclusão, na Orientação Jurisprudencial do TST, da matéria discutida.

De início, importante salientar que a redação dessa súmula é anterior ao Código de Processo Civil de 2015. O novo Código alterou o fundamento da ação rescisória de violação de literal à disposição de lei para violação manifesta de norma jurídica, consoante se infere da leitura do artigo 966 inciso V Estatuto de 2015, quando comparado ao artigo 485 inciso V do Código anterior.

Em razão desse cenário, a leitura da Súmula 83 precisa ser feita sob o prisma do Código de 2015.

De fácil percepção que o cabimento de ação rescisória por violação manifesta de norma jurídica pressupõe a ausência de controvérsia acerca da interpretação da norma jurídica.

Além desse pressuposto, infere-se da leitura da Súmula 83 que o TST procurou conferir segurança jurídica aos jurisdicionados com a fixação de um marco divisor para se saber se a interpretação da norma jurídica é ou não controvertida.

Para tanto, estabeleceu ser esse marco a data da inclusão da matéria em Orientação Jurisprudencial.

É preciso ser destacado que, ainda que não haja OJ ou súmula a respeito, se houver entendimento amplamente majoritário do Tribunal em um sentido, haveria o preenchimento do pressuposto de cabimento da ação rescisória, a despeito da literalidade da Súmula 83 do TST.

Neste sentido, colhe-se a lição de Miessa (2021, p. 1.698):

é preciso ficar claro: há necessidade de interpretação controvertida nos tribunais, de modo que sendo o entendimento amplamente majoritário em determinado sentido, ainda que não se tenha súmula ou orientação jurisprudencial sobre o tema, a decisão isolada em sentido contrário viabilizará o cabimento da ação rescisória por violação da lei.

A SBDI-1 tem a função de uniformizar entendimento do TST.

Essa competência é extraída da CLT, artigo 894, II, da Lei nº 7.701/88, art. 3º, III, "b" e do próprio regimento interno do TST, artigo 78, II, "a".

A sua decisão teria o efeito de funcionar como marco para dizer que a interpretação da norma jurídica deixou de ser controvertida?

Ensina Miessa (2020) que a função do TST é de unificar a jurisprudência trabalhista em âmbito nacional. Explica o autor que, havendo divergência entre tribunais regionais diferentes, é cabível o recurso de revista com o objetivo de unificar o entendimento sobre a matéria. Leciona que o TST, entretanto, é composto por 8 turmas e que, entre elas, é possível que haja divergência sobre uma mesma matéria. Desse conflito surge a viabilidade de se provocar o órgão que tem a incumbência e dirimir essa divergência, que é justamente a SBDI-1. A provocação desse órgão colegiado é através do recurso chamado embargos à SDI.

Sobre isso, a SBDI-2, que possui competência originária para julgamento de ações rescisórias propostas contra suas decisões, das decisões da Subseção I e das turmas do Tribunal, e recursal para julgar o recurso ordinário interposto das decisões dos Tribunais Regionais em processos de dissídio individual de sua competência originária (art. 78, II e III do regimento interno do C. TST), já se orientou no sentido de flexibilizar o contido na Súmula nº 83, I e II, decidindo que o marco divisor para afastar a controvérsia acerca da interpretação de norma infraconstitucional é que, no momento do trânsito em julgado da decisão rescindenda, a matéria já se encontre pacificada na SBDI-1 ou nas 8 Turmas do TST, mesmo que ainda não editada Súmula ou Orientação Jurisprudencial a respeito do tema, como se extrai dos recentes julgados a seguir:

RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO PELO AUTOR. AÇÃO RESCISÓRIA SOB A ÉGIDE DO CPC DE 1973. ARTIGO 485, V, DO CPC DE 1973 - PEDIDO DE DEMISSÃO DO EMPREGADO – AUSÊNCIA DE ASSISTÊNCIA SINDICAL – VIOLAÇÃO LITERAL DO ARTIGO 477, §1º, DA CLT – CONFIGURAÇÃO. A hipótese de rescindibilidade contida no artigo 485, V, do CPC/73 (violação literal de lei) somente é admissível em situações em que a lei, quando em confronto com o decisum rescindendo, reste manifestamente violada, ou seja, de forma frontal e latente, o que ocorreu na hipótese. A controvérsia cinge-se em saber se, em momento anterior à entrada em vigor da Lei nº 13.467/17 (reforma trabalhista), era válido o pedido de demissão do empregado sem a respectiva assistência e homologação do sindicato da categoria. No caso em questão, por se tratar de ação rescisória calcada em violação de lei (artigo 485, V, do CPC/

73), deve ser analisada, preliminarmente, a incidência do óbice contido na Súmula nº 83, I, desta Corte, qual seja, se a interpretação do artigo 477, §1º, da CLT, aplicável ao caso em análise, era controvertida nos Tribunais à época em que transitava em julgado a decisão rescindenda. Cabe destacar que esta C. SBDI-2, em sua composição plena, em sessão do dia 12/06/2018, por maioria, em voto em que fiquei como Redator Designado, sob o número ROAR nº 8573-11.2011.5.04.0000, firmou entendimento no sentido de flexibilizar o contido na Súmula nº 83, I e II, do TST, restando firmada a tese no sentido de que, o marco divisor para afastar a controvérsia acerca da interpretação de norma infraconstitucional é que, no momento do trânsito em julgado da decisão rescindenda, a matéria já se encontre pacificada na SBDI-1 ou nas 8 Turmas do TST, mesmo que ainda não editada Súmula ou Orientação Jurisprudencial a respeito do tema. No caso, em pesquisa realizada na jurisprudência do TST à época em que transitava em julgado a v. decisão rescindenda, a matéria já se encontrava pacificada nas 8 Turmas desta Corte, no sentido de que, para a validade do pedido de demissão do empregado, é indispensável a sua homologação pelo sindicato da categoria, tendo em vista tratar-se de norma cogente, cuja inobservância invalida o ato demissional. Desse modo, contrariamente ao disposto na v. decisão rescindenda, é de se reconhecer que o artigo 477, §1º, da CLT (redação anterior à entrada em vigor da Lei nº 13.467/17), ao prever a necessidade de assistência sindical na hipótese de pedido de demissão do empregado, contém norma de ordem pública e de caráter cogente. Assim, o seu descumprimento implica invalidade da rescisão contratual e, como consequência, a presunção relativa de que o rompimento se deu mediante despedida imotivada. Precedentes da SBDI-2. Recurso ordinário conhecido e provido. (RO - 10333-46.2016.5.03.0000, Relator: Renato de Lacerda Paiva, julgamento: 15/12/2020, publicação: 18/12/2020).

RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO PELA AUTORA.  
AÇÃO RESCISÓRIA SOB A ÉGIDE DO CPC DE 1973.

ARTIGO 485, V, DO CPC/73 (150, III, "B", E §4º, DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE JOÃO MONLEVADÉ). COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA - PARIDADE ENTRE ATIVOS E INATIVOS - LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO - INTERPRETAÇÃO CONTROVERTIDA - SÚMULA Nº 83/TST. Ação rescisória ajuizada com fundamento no art. 485, V, do CPC de 1973, pretendendo desconstituir acórdão que julgou improcedente o pedido da ora autora. Por se tratar de ação rescisória calçada em violação de lei (artigo 485, V, do CPC/73), deve ser analisada, preliminarmente, a incidência do óbice contido na Súmula nº 83, I, desta Corte, qual seja, se a interpretação do artigo 150, III, "b", e §4º, da Lei Orgânica do Município de João Monlevade, aplicável ao caso em análise, era controvertida nos Tribunais à época em que transitada em julgado a decisão rescindenda. Cabe destacar que esta C. SBDI-2, em sua composição plena, em sessão do dia 12/06/2018, por maioria, em voto em que fiquei como Redator Designado, sob o número ROAR nº 8573-11.2011.5.04.0000, firmou entendimento no sentido de flexibilizar o contido na Súmula nº 83, I e II, do TST, restando firmada a tese no sentido de que, o marco divisor para afastar a controvérsia acerca da interpretação de norma infraconstitucional é que, no momento do trânsito em julgado da decisão rescindenda, a matéria já se encontre pacificada na SBDI-1 ou nas 8 Turmas do TST, mesmo que ainda não editada Súmula ou Orientação Jurisprudencial a respeito do tema. Entretanto, em pesquisa realizada na jurisprudência do TST à época em que transitado em julgado a v. decisão rescindenda, a matéria não se encontrava pacificada nas 8 (oito) Turmas ou na SBDI-1 desta Corte. Portanto, a pretensão rescisória calçada no artigo 485, V, do CPC/73, em razão de suposta ofensa ao artigo 150, III, "b", e §4º, da Lei Orgânica do Município de João Monlevade, encontra óbice na Súmula 83 desta Corte, inclusive levando em consideração a interpretação ampliativa que lhe foi dada por esta SBDI-2. Recurso ordinário conhecido e desprovido. (RO - 10999-18.2014.5.03.0000, Relator: Renato de Lacerda Paiva, julgamento: 18/08/2020, publicação: 21/08/2020).

Nesta mesma linha: RO - 246-86.2012.5.06.0000, Relator: Renato de Lacerda Paiva, julgamento: 05/05/2020, publicação: 08/05/2020.

No entanto, em direção contrária, exigindo posição da SBDI-1 e das 8 turmas do TST numa mesma orientação, seguem os seguintes julgados:

RECURSO ORDINÁRIO EM AÇÃO RESCISÓRIA AJUIZADA NA VIGÊNCIA DO CPC/15. ART. 966, V, DO CPC/15. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE PAGAR. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ARTIGO 880 DA CLT. INTERPRETAÇÃO DO ART. 832, § 1º, DA CLT. PEDIDO RESCISÓRIO JULGADO PROCEDENTE. DECISÃO RECORRIDA QUE SE MANTÉM. 1. Trata-se de pretensão rescisória fundada no art. 966, V, do CPC/15 e dirigida contra o v. acórdão regional que impôs, de ofício, multa diária de 1% sobre o valor da condenação, caso "a primeira reclamada e, sucessivamente, a segunda não paguem o débito até o segundo dia após a publicação deste acórdão...". 2. A ação rescisória foi julgada procedente. 3. Diversamente do que alega o recorrente, a matéria objeto do corte rescisório é eminentemente de direito e, por esse motivo, não atrai a aplicação da Súmula 410/TST. 4. Também não resulta em incidência das Súmulas 83 e 343 do STF. Esta c. SBDI-2, na ocasião do julgamento do ROAR nº 8573-11.2011.5.04.0000, de Relatoria do Ministro Renato de Lacerda Paiva, decidiu ratificar o posicionamento firmado nos autos do ROAR nº 762-65.2014.5.05.0000, em 09/08/2016, de Relatoria do Ministro Barros Levenhagen, no sentido de flexibilizar o contido na Súmula nº 83, I e II, do TST, desde que no momento do trânsito em julgado da decisão rescindenda a matéria já se encontre pacificada na SBDI-1 e nas oito Turmas do TST, mesmo que ainda não editada súmula ou orientação jurisprudencial a respeito. À época do trânsito em julgado da decisão rescindenda (02/06/2017), o posicionamento em torno da impossibilidade de o Julgador impor multa por descumprimento de sentença condenatória, com fundamento no art. 832, § 1º, da CLT, já estava pacificada no âmbito da SBDI-1 e em todas as Turmas desta Corte, em sen-

tido contrário ao v. acórdão rescindendo. 5 . Demonstrada a violação do art. 880 da CLT, diante da equivocada interpretação conferida ao art. 832, § 1º, da CLT, deve ser mantida a decisão recorrida em que o eg. Tribunal Regional concluiu pela viabilidade do corte rescisório fundado no art. 966, V, do CPC e determinou o afastamento da multa em exame nos autos do processo primitivo. Recurso ordinário conhecido e desprovido. (RO - 668-94.2018.5.08.0000, Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, Julgamento: 23/06/2020, Publicação: 26/06/2020).

RECURSO ORDINÁRIO INTERPOSTO PELA AUTORA. AÇÃO RESCISÓRIA SOB A ÉGIDE DO CPC DE 2015. PARANAPANEMA - PROMOÇÕES POR MÉRITO - AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO - CONCESSÃO AUTOMÁTICA - IMPOSSIBILIDADE - VIOLAÇÃO A NORMA JURÍDICA CONFIGURADA. Tratando-se de ação rescisória calcada em violação de norma jurídica (artigo 966, V, do CPC/15), deve ser analisada a eventual incidência do óbice contido na Súmula nº 83, I, desta Corte. Com relação às promoções por antiguidade, o v. acórdão rescindendo decidiu em conformidade com a jurisprudência já uniformizada desta Corte, eis que a SBDI-1, em composição completa realizada no dia 16/10/2014 (antes, portanto, do trânsito em julgado da ação matriz), nos autos do E-ARR-5966-56.2010.5.12.0026, a qual decidiu no sentido de que tais promoções dependem apenas do cumprimento do critério objetivo alusivo ao tempo, de modo que a ausência de avaliação de desempenho não constituem óbices ao seu deferimento. Quanto às promoções por merecimento, em pesquisa realizada na jurisprudência do TST à época em que transitado em julgado o v. acórdão rescindendo, a matéria já se encontrava pacificada nas 8 (oito) Turmas e na SBDI-1 desta Corte, no sentido de que a promoção por merecimento, em face do descumprimento do empregador em realizar as avaliações como pressuposto para a sua concessão, não é automática, diante de seu caráter subjetivo, sendo necessário o cumprimento dos requisitos previstos no Regulamento de Pessoal, entre os quais a avaliação de desempenho do empregado. Desse

modo, restando superado o óbice da Súmula nº 83/TST, constata-se na hipótese a violação manifesta das normas jurídicas dispostas nos artigos 114 e 129 do Código Civil. Recurso ordinário conhecido e parcialmente provido. (RO - 636-73.2018.5.05.0000, Relator: Renato de Lacerda Paiva, julgamento: 02/06/2020, publicação: 05/06/2020).

Do teor do voto condutor nesse RO - 636-73.2018.5.05.0000 citado anteriormente, constou:

Cabe destacar que esta C. SBDI-2, em sua composição plena, em sessão do dia 12/06/2018, por maioria, em voto em que fiquei como Redator Designado, sob o número ROAR nº 8573-11.2011.5.04.0000, firmou entendimento no sentido de flexibilizar o contido na Súmula nº 83, I e II, do TST, restando firmada a tese no sentido de que, o marco divisor para afastar a controvérsia acerca da interpretação de norma infraconstitucional é que, no momento do trânsito em julgado da decisão rescindenda, a matéria já se encontre pacificada na SBDI-1 e nas 8 Turmas do TST, mesmo que ainda não editada Súmula ou Orientação Jurisprudencial a respeito do tema.

Neste mesmo rumo: RO - 576-52.2011.5.12.0000, Redator: Renato de Lacerda Paiva, julgamento: 11/02/2020, publicação: 21/02/2020; RO - 80133-65.2018.5.22.0000, Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, julgamento: 11/02/2020, publicação: 14/02/2020.

Sobre o ROAR nº 8573-11.2011.5.04.0000, citado anteriormente no primeiro acórdão como sendo o julgamento paradigma da matéria, nota-se que na sua ementa constou a orientação no sentido de flexibilizar o contido na Súmula nº 83, I e II, do TST, desde que no momento do trânsito em julgado da decisão rescindenda a matéria já se encontre pacificada na SBDI-1 e nas oito Turmas do TST, mesmo que ainda não editada súmula ou orientação jurisprudencial a respeito.

No seu julgamento, havia sido instaurada uma controvérsia sobre definição do balizamento a ser observado para aplicação do entendimento consubstanciado no item I da Súmula n.º 83 da Corte Superior.

Prevaleceu o voto divergente,

no sentido de que a necessidade de um critério objetivo para se concluir pela iteratividade da jurisprudência impõe a prova da existência de decisões emanadas de cada uma das oito Turmas deste Tribunal e, se existentes, de decisões proferidas pela SBDI-I

O voto vencido era no sentido de que a comprovação de ausência de controvérsia da matéria no âmbito do TST, para afastar a exigência da Súmula 83, prescindiria de orientação das oito turmas.

Interessante notar o voto convergente, do Ministro Lelio Bentes Corrêa, que, alinhando à divergência, assentou:

Considerando o entendimento já assentado por esta Subseção II por ocasião do julgamento do Processo n.º TST-RO-762-65.2014.5.05.0000, em sessão realizada no dia 9/8/2016, convenci-me que, para se afirmar que a jurisprudência era efetivamente uniforme e, conseqüentemente, que a matéria em debate não era controvertida à data em que proferida a decisão rescindenda, necessário se faz aferir, de forma objetiva, a existência não só de decisões em um mesmo sentido, dotadas de estabilidade e coerência, mas também decisões que emanem de todas as Turmas desta Corte superior ou da SBDI-I – órgão uniformizador.

Considerando-se a atribuição da SBDI-1, de órgão uniformizador, realmente parece mais coerente a posição colhida dos autos RO - 10333-46.2016.5.03.0000 e RO - 10999-18.2014.5.03.0000, ou seja, que no momento do trânsito em julgado da decisão rescindenda, a matéria já se encontre pacificada na SBDI-1 ou nas 8 Turmas do TST.

Vale dizer, se não existir decisão da SBDI-1, é exigida orientação das oito Turmas do TST; no entanto, caso existentes decisões proferidas pela SBDI-I, elas representam a uniformização do entendimento do TST sobre a matéria.

Aliás, caso as 8 turmas do TST sigam no mesmo entendimento, não havendo divergência entre elas, difícil imaginar que haveria uma decisão da SBDI-1 sobre o assunto, soando um tanto estranha exigência de decisão na mesma direção das 8 turmas

e da SBDI-1 para se entender que a matéria esteja pacificada no âmbito do TST.

Sobre o ponto, cumpre observar também que, conforme o voto vencido do relator nos autos do ROAR nº 8573-11.2011.5.04.0000, a decisão tomada no TST-RO-762-65.2014.5.05.0000, para fins de afastar a Súmula 83, foi fundada exclusivamente em decisões da SBDI-1 (e não em decisões das oitos turmas e da SBDI-1).

## **2 Os precedentes das Subseções Especializadas do TST e sua força vinculante em razão do Código de Processo Civil de 2015 e da IN 39 do TST**

Deflagrando um novo paradigma, o Código de Processo Civil de 2015 inaugurou um sistema de precedentes com força vinculante.

A lei trouxe essa previsão do art. 927:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

- I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- II - os enunciados de súmula vinculante;
- III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, § 1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia. § 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Abordando essa inovação, explicam Feliciano e Pasqualetto (2020, p. 156) que:

Ao adotar tal modelo, o NCPD fundou-se no ideário de que decidir com base em precedentes seria uma forma de assegurar o respeito a uma série de princípios constitucionais formadores do modelo constitucional brasileiro de processo; e, dentre todos, nomeadamente dois deles: o princípio da isonomia e o princípio da segurança jurídica.

Observam, ainda, que os precedentes vinculantes se impõem ao caso concreto para o fim de garantir que casos iguais submetidos ao Poder Judiciário tenham respostas jurídicas idênticas, conferindo maior previsibilidade às decisões judiciais. Pontuam os autores que o órgão jurisdicional que deixar de observar essa nova norma jurídica proferirá uma decisão nula por ausência de fundamentação válida, termos do artigo 489, § 1º, VI do Código Processual.

Para os fins do processo do trabalho, esse novo cenário restou desenvolvido pela Instrução Normativa nº 39 do TST, a qual definiu, no âmbito da Justiça do Trabalho, quais serão os precedentes com força vinculante:

Art. 15. O atendimento à exigência legal de fundamentação das decisões judiciais (CPC, art. 489, § 1º) no Processo do Trabalho observará o seguinte:

I – por força dos arts. 332 e 927 do CPC, adaptados ao Processo do Trabalho, para efeito dos incisos V e VI do § 1º do art. 489 considera-se “precedente” apenas:

a) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Tribunal Superior do Trabalho em

juízo de recursos repetitivos (CLT, art. 896-B; CPC, art. 1046, § 4º);  
b) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;  
c) decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;  
d) tese jurídica prevalecente em Tribunal Regional do Trabalho e não conflitante com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho (CLT, art. 896, § 6º);  
e) decisão do plenário, do órgão especial ou de seção especializada competente para uniformizar a jurisprudência do tribunal a que o juiz estiver vinculado ou do Tribunal Superior do Trabalho.

Da leitura do dispositivo, alínea 'e', observa-se que a decisão de seção especializada competente para uniformizar a jurisprudência do tribunal a que o juiz estiver vinculado ou do Tribunal Superior do Trabalho foi adjetivada como vinculante.

Ao tratar sobre o critério político de transcendência para fins de admissão de recurso de revista, observa Miessa (2020) que decisão de regional contrária à decisão da SBDI-1 contém ínsita a transcendência política, na medida em que é a SBDI-1 o órgão responsável pela pacificação de discussão sobre matéria no TST, de modo que, não sendo aplicado tal posicionamento, o recurso de revista teria a função de manter o entendimento já firmado pelo TST, transcendendo, pois, as próprias partes. Salienta o autor que, tanto é assim, que o próprio TST reconhece que as decisões da SBDI-1 são precedentes com força obrigatória, conforme a redação da IN 39, art. 15, I, e.

Abordando o cabimento da ação rescisória por violação manifesta à norma jurídica, Miessa (2021) explica que o conceito de norma jurídica declinado no inciso V do artigo 966 Código de Processo Civil, em razão do atual paradigma inaugurado com o Estatuto de 2015, engloba os precedentes, ao lado de lei, dos princípios, da Constituição, entre outros instrumentos normativos.

Pinto (2021, p. 737), em sentido contrário, não enxerga essa amplitude:

A violação da norma jurídica de que trata o inciso V do art. 966 do CPC diz respeito a Constituição, a lei ordinária, a lei complementar, a lei delega-

da, o decreto-lei, o decreto legislativo, a medida provisória, tratados internacionais, convenções da OIT aprovadas pelo Congresso Nacional, que tem natureza de lei ordinária federal, lei estadual ou municipal. Não caberá ação rescisória de convenção, acordo ou contrato coletivo, contrato de trabalho, regulamento de empresa ou manual de pessoal do empregador, decretos, portarias, ordens de serviço, instruções normativas, súmulas ou OJs, que não são leis.

Como explica Miessa (2020), é rescindível decisão que contraria precedente obrigatório, que é, no atual cenário, fonte de direito, e, portanto, norma jurídica.

É de se destacar que não parece razoável impor a observância obrigatória aos precedentes arrolados no art. 15, I da IN 39, entre os quais consta a decisão de seção especializada competente para uniformizar a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho e impedir o cabimento de ação rescisória contra a decisão que não os observa, entendendo-a como não violadora de norma jurídica.

Por fim, merece atenção o fato de que não foram localizadas decisões junto à SBDI-2 tratando sobre a viabilidade de ação rescisória fundamentada em precedente da SBDI-1. A pesquisa foi realizada por julgamentos a partir de 2016, ano de vigência do Código de Processo Civil de 2015. Isso porque, consoante entendimento do TST, são aplicáveis as regras do Estatuto de 1973 às decisões com trânsito em julgado durante a sua vigência.

Neste sentido:

AÇÃO RESCISÓRIA AJUIZADA NA VIGÊNCIA DO CPC/15 COM PRETENSÃO DESCONSTITUTIVA SOBRE DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO SOB A ÉGIDE DO CPC/73. ANÁLISE À LUZ DO ART. 485, V, DO CPC/73. Tratando-se de decisão rescindenda que transitou em julgado ainda sob a vigência do CPC/73, a pretensão rescisória deve ser apreciada à luz do Código de Processo Civil da época, o que não prejudica a parte autora, haja vista a correspondência daquele (art. 485, V, CPC/73) com o dispositivo de lei indicado (art. 966, V, CPC/15). (AR - 14703-52.2016.5.00.0000, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, julgamento: 28/05/2019, publicação: 31/05/2019).

### **3 O dever dos Tribunais de uniformizarem sua jurisprudência e de mantê-la estável, íntegra e coerente – reflexos no cabimento de ação rescisória por violação manifesta à norma jurídica**

Inovação do Código de Processo Civil de 2015, o dever dos Tribunais de uniformizarem sua jurisprudência, e de mantê-la estável, íntegra e coerente, está prevista no artigo 926, *caput* do Estatuto Processual.

Comentando a inovação, leciona Amaral (2015, p. 946):

A unidade do direito e a uniformização de jurisprudência têm como objetivo, nesse contexto, tutelar a segurança jurídica, assegurando a previsibilidade das decisões, a estabilidade do direito, a confiança legítima no Judiciário, a igualdade entre os cidadãos perante o direito, a coerência da ordem jurídica, a garantia da imparcialidade, o desestímulo à litigância e o favorecimento de acordos, a duração razoável do processo, a eficiência do Judiciário, dentre outros valores.

Neves (2016) expõe que essa norma jurídica introduzida pelo Código de 2015 representa a busca por um ambiente decisório mais isonômico e previsível, exigindo que os Tribunais deem o exemplo, seguindo suas próprias decisões. Pontua o autor que o desrespeito às decisões dos Tribunais Superiores já gera uma insegurança jurídica, e que esse quadro se agrava ainda mais quando o próprio Tribunal não segue suas próprias decisões. Diz ainda o processualista que, quando os Tribunais não observam sua própria jurisprudência, essa conduta acaba por deixar os órgãos hierarquicamente inferiores, sem saber qual entendimento aplicar no caso concreto à luz do entendimento do Tribunal Superior.

Sem dúvida alguma, trata-se de norma jurídica de observância cogente, cujo desrespeito pode ensejar a rescisão do julgado com fulcro no inciso V do artigo 966 do Código de Processo Civil.

Como explica Meireles (2020), ao tratar deste preceptivo legal, a norma encerra dois comandos imperativos: o dever do Tribunal em uniformizar sua jurisprudência e de mantê-la estável, íntegra e coerente. Destaca o autor que buscou o Código fazer prevalecer a isonomia em favor dos jurisdicionados para que não sejam tratados de forma desigual; e que não haja no Tribunal jurisprudências divergentes.

Pontua o Desembargador que a violação da norma jurídica do artigo 926 do Código de Processo Civil pode conduzir a rescisão do julgado pela via da ação rescisória, com fulcro no artigo 966, inciso V do mesmo Estatuto. Essa violação ocorreria quando o julgado não observasse a exigência do atual paradigma normativo que impõe o dever de o Tribunal manter sua jurisprudência estável, íntegra e coerente.

O mesmo autor traz interessantes apontamentos sobre a norma, explicando:

A partir dessas premissas se tem, então, que uma vez lançada a primeira decisão judicial com adoção de determinada tese jurídica, o Tribunal manterá íntegra, estável e coerente sua jurisprudência se as demandas julgadas posteriormente envolvendo o mesmo tema alcançarem idêntica conclusão. Se for adotada decisão em sentido diverso, por qualquer de seus órgãos fracionários, o Tribunal estará descumprindo em sua inteireza os dois comandos normativos do caput do art. 926 do CPC. Isso porque o Tribunal, ao decidir de forma diversa em relação ao primeiro julgamento, não estará mantendo íntegra, estável e coerente sua jurisprudência. Estará, ainda, descumprindo a primeira parte do caput do art. 926, já que, com a decisão divergente produzida, o Tribunal não teria uniformizado na jurisprudência.

A partir dessas premissas, então, pode-se concluir que a adoção de uma tese jurídica originária no Tribunal, ainda que por simples decisão de órgão fracionário, tem eficácia precedencial para impor a mesma conclusão nos demais feitos ou eficácia precedencial para impor a provocação do incidente de uniformização da jurisprudência.

(...)

Não mantendo o Tribunal íntegra, estável ou coerente sua jurisprudência e não provocando o incidente de uniformização (IRDR ou IAC), a decisão violadora do caput do art. 926 estará sujeita a rescisão por violação à norma jurídica (inciso V do art. 966 do CPC).

Assim, segundo entendimento do autor, uma vez exarada uma primeira decisão, ou o Tribunal mantém sua jurisprudência íntegra, estável e coerente, adotando a mesma orientação do julgado, ou, caso entenda ser necessário produzir outra orien-

tação, provoque um incidente processual para que sua jurisprudência seja uniformizada.

Nesse cenário de uniformização da jurisprudência, é imprescindível não se olvidar da função da SBDI-1 do TST, já exposta linhas atrás.

E, tendo isso em vista, uma vez solucionado o conflito entre decisões de turmas do TST pela SBDI-1, uma decisão de Turma que deixe de observar o que foi assentado pelo órgão colegiado incumbido de solucionar divergências internas no âmbito do TST estará contrariando a norma jurídica prevista no artigo 926, *caput* do Código de Processo Civil.

E como corolário, essa conduta, que tem o efeito de gerar instabilidade, incoerência, insegurança jurídica, e quebra de isonomia entre os jurisdicionados, estará sujeita à rescindibilidade por violação manifesta à norma prevista no artigo 926, *caput* do Código de Processo Civil, a ser levada a efeito via ação rescisória com fulcro no artigo 966, inciso V do Código Processual.

Por fim, assim como abordado no item anterior, não foram localizadas decisões junto à SBDI-2 tratando sobre a viabilidade de ação rescisória fundamentada em violação ao artigo 926 do Código de Processo Civil. A pesquisa igualmente foi realizada por julgamentos a partir do ano de 2016.

#### **4 A exigência do prequestionamento**

É exigência sumulada do TST para o cabimento de ação rescisória fundada em violação manifesta de norma jurídica que tenha havido pronunciamento prévio na decisão rescindenda sobre a matéria veiculada.

Além disso, o TST excepciona essa regra quando o vício que autoriza a ação rescisória nascer no próprio julgamento, como ocorre na decisão *extra, citra* e *ultra petita*.

Esse entendimento é exposto na Súmula 298 do TST.

Em razão de sua importância, cumpre transcrevê-la em sua integralidade:

ACÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO A DISPOSIÇÃO DE LEI. PRONUNCIAMENTO EXPLÍCITO (Redação alterada pelo Tribunal Pleno na sessão realizada em 6.2.2012) - Res. 177/2012, DEJT divulgado em 13, 14 e 15.02.2012

I - A conclusão acerca da ocorrência de violação literal a disposição de lei pressupõe pronunciamento explícito, na sentença rescindenda, sobre a matéria veiculada.

II - O pronunciamento explícito exigido em ação rescisória diz respeito à matéria e ao enfoque específico da tese debatida na ação, e não, necessariamente, ao dispositivo legal tido por violado. Basta que o conteúdo da norma reputada violada haja sido abordado na decisão rescindenda para que se considere preenchido o pressuposto.

III - Para efeito de ação rescisória, considera-se pronunciada explicitamente a matéria tratada na sentença quando, examinando remessa de ofício, o Tribunal simplesmente a confirma.

IV - A sentença meramente homologatória, que silencia sobre os motivos de convencimento do juiz, não se mostra rescindível, por ausência de pronunciamento explícito.

V - Não é absoluta a exigência de pronunciamento explícito na ação rescisória, ainda que esta tenha por fundamento violação de dispositivo de lei. Assim, prescindível o pronunciamento explícito quando o vício nasce no próprio julgamento, como se dá com a sentença "extra, citra e ultra petita".

Em uma decisão de outubro de 2020, a SBDI-2, em julgamento de ação rescisória, aplicou o entendimento vertido no item II da súmula referida anteriormente. O órgão julgador refulou ação rescisória movida por instituição financeira em que se questionava a ausência de autorização expressa dos filiados para o ingresso para propositura de ação coletiva por parte de associação. O TST, na ocasião, assentou que essa discussão em momento algum foi travada nos autos do processo originário, sendo a matéria inovatória em sede de ação rescisória. Com esse entendimento, julgou improcedente o pedido veiculado na ação.

Eis a ementa do julgado, com destaques originais:

AÇÃO RESCISÓRIA AJUIZADA SOB A ÉGIDE DO CPC/15, CALCADA NO ART. 966, V, DO CPC. LEGITIMIDADE DA ASSOCIAÇÃO RÉ PARA COMPOR O POLO ATIVO DA AÇÃO MATRIZ. NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO ASSEMBLEAR OU INDIVIDUAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 5º, XXI, DA CF E 82, IV, DA LEI Nº 8.078/90. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. MONOPÓLIO SINDICAL. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 8º, III E VI, DA CF; 513 E 515 DA CLT E 5º, V, b, DA LEI Nº 7.347/85. HIPÓTESE DE RESCINDIBILIDADE NÃO CONSTATADA.

Trata-se de ação rescisória ajuizada em 2019, em que o banco autor pretende desconstituir v. acórdão de Turma desta c. Corte Superior, proferido em ação civil pública intentada pela AFABESP em fevereiro de 1998, por meio da qual mais de oito mil associados aposentados do antigo banco do Estado de São Paulo-BANESPA postularam parcelas relacionadas à gratificação semestral ou, sucessivamente, participação nos lucros e resultados, que deixaram de ser pagas a partir de 1994 e 1995. Lembra-nos Cândido Rangel Dinamarco que universalizar a jurisdição é endereçá-la à maior abrangência factível, reduzindo racionalmente os resíduos não jurisdicionáveis (*in* Instituições de Direito Processual Civil. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 113), de modo a ver ampliado o acesso à justiça e à satisfação das pretensões postas a debate, da forma mais eficaz e efetiva. Essa efetividade da prestação jurisdicional do Estado, em casos que tais, é garantida pela possibilidade legalmente embasada de tutelas coletivas açambarcadas pelo que muitos chamam de microsistema processual coletivo, envolvendo regramentos específicos e muito bem delimitados nas Leis de Ação Civil Pública, de Ação Popular e no próprio Código de Defesa do Consumidor. As associações possuem legitimidade para a defesa dos direitos individuais homogêneos disponíveis ou não -, legitimação extraordinária esta que lhe é conferida em caráter constitucional, nos arts. 8º, III, e 5º, XXI. Ainda trazendo a figura da substituição processual, o art. 5º, V, da Lei 7.347/85 não restringe o ajuizamento das ações civis públicas ao Ministério Público, mas às escâncaras admite como legítimas as associações na atuação para a propositura de demandas em favor dos filiados, desde que constituídas há mais de um ano e que possuam entre suas finalidades institucionais o objetivo condizente com a demanda oferecida, como é o caso da ré, que tem dentre os objetivos descritos no seu estatuto o de representar os interesses dos aposentados junto ao Banco do Estado de São Paulo S.A., empresas e entidades a ele vinculadas, existentes ou que venham a ser criadas, bem como entidades previdenciárias e aos Poderes Públicos, a evidenciar inegável

pertinência temática entre a finalidade e objetivos da associação e os interesses/direitos objeto da ação por ela proposta. Igualmente, Os artigos 82 e 83 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), com redação dada pela Lei 9.008/1995, conferem legitimidade a determinados entes para a propositura de demandas coletivas, como se dá com as associações legalmente constituídas há pelo menos 1 ano e que incluam entre seus objetivos institucionais a defesa dos interesses e direitos. Não há, portanto, o monopólio do sindicato para o ajuizamento de ação em defesa dos interesses dos substituídos, tampouco do Ministério Público para o ajuizamento de ação civil pública. Sob todos esses ângulos a decisão rescindenda se pronunciou, concluindo pela legitimidade da associação, nos moldes de cada um dos dispositivos referidos pelo banco autor. Todavia, inovando na argumentação trazida com a pretensão desconstituintiva, a autora pretende ver analisada a questão da legitimidade sob ótica jamais apreciada - nem mesmo mencionada na defesa pelo juízo rescindendo. Em leitura atenta ao acórdão rescindendo proferido pela Turma desta c. Corte, bem como às peças de defesa postas por ocasião da ação civil pública, é de se constatar que, nem na defesa do banco, ao longo de todo o feito, nem nas decisões proferidas do início ao fim, por esta Justiça Especializada, NÃO HÁ qualquer discussão em torno do art. 5º, XXI, da CF à luz da existência ou não de autorização expressa dos filiados para o ingresso com a ação capaz de gerar a nulidade em razão da legitimidade não constituída regularmente. Ou seja, a controvérsia instaurada ao redor do art. 5º, XXI, da Constituição Federal, nem sob a mais elástica leitura que se pretenda dar aos argumentos de defesa e à fundamentação rescindenda, jamais tangenciou especificamente a questão da necessidade de autorização expressa e qual o sentido desta expressão expressa autorização no dispositivo constitucional. Inafastável a preclusão que torna imutável a coisa julgada (CPC, art. 278). Ademais, se no feito matriz, a tempo e modo, houvesse o banco suscitado a questão em torno da necessidade ou não de autorização expressa

dos associados, quiçá seria possível à AFABESP comprovar a existência das autorizações ou mesmo regularizar a situação (CPC/73, art. 13, vigente à época do ajuizamento da ação civil pública, em 1998). Logo, silenciando quanto à matéria à época quer porque tenha negligenciado o tema, quer porque não houvesse debate a respeito em seu favor não é dado ao autor, apenas em sede de ação rescisória, polemizar em evidente busca de nova perspectiva para sua defesa. Cabe frisar que a decisão proferida pelo STF, em repercussão geral, nos autos do RE 573.232/SC, em 2014 espelhou entendimento que já existia naquela excelsa Corte à época da decisão rescindenda que, proferida em 2008, teve seu trânsito em julgado apenas em 2019. Assim, os contornos da lide foram traçados e definidos na coisa julgada. Ficou decidido que a legitimidade da associação era definida pelos dispositivos legais, sem qualquer nuance relativa ao pressuposto da autorização dos filiados. Destaque-se que o pronunciamento explícito e exigido em ação rescisória, como disposto no item II da Súmula 298/TST, diz respeito à matéria E AO ENFOQUE ESPECÍFICO DA TESE DEBATIDA que, no caso, é a interpretação da expressão autorização expressa inserta no art. 5º, XXI, da CF. Não houve debate sob este enfoque específico, logo, preclusa a oportunidade do banco. A eficácia preclusiva da coisa julgada, positivada pelo art. 508 do CPC/15 e assegurada pelo art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal impede o corte rescisório. Além disso, as decisões da excelsa Corte, posteriores à decisão que se busca desconstituir, ainda que em repercussão geral, não têm o condão de romper com a coisa julgada, quando o ato jurídico torna-se completo e acabado. Ação rescisória julgada improcedente." (AR - 1000312-70.2019.5.00.0000, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte, julgamento: 27/10/2020, publicação: 20/11/2020).

Conforme explica Miessa (2021), essa linha de orientação seguida pelo TST vai de encontro à orientação majoritária da doutrina. O que prevalece no âmbito doutrinário, diz o autor, é que o prequestionamento exigido pelo TST para a viabilidade da ação rescisória fundada em violação manifesta de norma jurí-

dica não se justifica na ação rescisória. Leciona que, enquanto o objetivo dos recursos de natureza extraordinária é de unificar o entendimento nacional acerca do direito, na ação rescisória não se busca essa pacificação.

Expõe o mesmo autor que tanto o STF quanto o STJ já se posicionaram no sentido de inexigibilidade de prequestionamento como pressuposto de cabimento de ação rescisória.

E arremata o procurador do Trabalho pontuando que a redação da Súmula 298 foi alterada em 2012, trocando a expressão prequestionamento por pronunciamento explícito, mas que pronunciamento explícito, como exigido na atual redação, significa tese jurídica apreciada e decidida na decisão rescindenda, que é a mesma coisa que prequestionamento.

Contudo, em razão do quanto exposto no verbete sumular do TST, a melhor técnica a ser observada pela parte recorrente é suscitar na peça recursal as matérias necessárias para o acolhimento de sua pretensão, a fim de viabilizar a propositura da ação rescisória, dependendo do resultado o julgamento do Recurso de Revista pelo TST.

## **Conclusão**

O quadro descrito nessas linhas deixa extrair algumas conclusões.

A SBDI-2, órgão do TST incumbido do julgamento de ações rescisórias propostas contra suas decisões, das decisões da Subseção I e das turmas do Tribunal, flexibiliza o teor da Súmula 83 do TST, admitindo ação rescisória quando, a despeito de não editada Súmula ou Orientação Jurisprudencial a respeito da matéria, no momento do trânsito em julgado da decisão rescindenda, a questão já se encontre pacificada na SBDI-1 ou nas 8 Turmas do TST.

O sistema de precedentes inaugurados pelo Código de Processo Civil e a Instrução Normativa nº 39 do TST conferem força vinculante à decisão proferida pela SBDI-1, cuja inobservância, observados os demais pressupostos da ação rescisória, poderá viabilizar o manejo de propositura de ação rescisória para fazer prevalecer o entendimento uniformizado pela subseção.

Novidade do Código de 2015, o dever dos tribunais de uniformizar sua jurisprudência e, feito isso, de mantê-la íntegra, estável e coerente, impõe que não haja decisões conflitantes dentro do Tribunal.

Nesse atual paradigma, imprescindível não se olvidar da função da SBDI-1 do TST. Uma vez solucionado o conflito entre decisões de turmas do TST pela SBDI-1, uma decisão de Turma que deixe de observar o que foi assentado pelo órgão colegiado incumbido de solucionar divergências internas no âmbito do TST estará contrariando a norma jurídica prevista no artigo 926, *caput* do Código de Processo Civil.

É exigência sumulada do TST para o cabimento de ação rescisória fundada em violação de norma jurídica que tenha havido pronunciamento prévio na decisão rescindenda sobre a matéria veiculada, sendo excepcionada essa regra quando o vício que autoriza a ação rescisória nasce no próprio julgamento, como ocorre na decisão *extra, citra e ultra petita*. Esse entendimento é exposto na Súmula 298 do TST.

Em razão disso, a melhor técnica a ser observada pela parte recorrente é suscitar na peça recursal as matérias necessárias para o acolhimento de sua pretensão, a fim de viabilizar a propositura da ação rescisória, dependendo do resultado o julgamento do Recurso de Revista pelo TST.

Por fim, merece atenção o fato de que não foram localizadas decisões junto à SBDI-2 tratando sobre a viabilidade de ação rescisória fundamentada em precedente da SBDI-1 e nem em violação ao artigo 926 do Código de Processo Civil. A pesquisa foi realizada por julgamentos a partir de 2016, ano de vigência do Código de Processo Civil de 2015. Isso porque, consoante entendimento do TST, são aplicáveis as regras do Estatuto de 1973 às decisões com trânsito em julgado durante a sua vigência.

## Referências

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Comentários às alterações do novo CPC**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CORREIA, Henrique; MIESSA, Élisson. **Súmulas, OJs do TST e recursos repetitivos comentados e organizados por assunto**. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito processual do trabalho**. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2021.

MIESSA, Élisson. **Manual dos recursos trabalhistas: teoria e prática**. 4ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

PRITSCH, Cesar Zucatti *et al.* **Precedentes no processo do trabalho: teoria geral e aspectos controversos.** São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2020.



# Recuperação judicial e mecanismos de autocomposição

**Letícia Maracci Spanhe da Silva**  
*Advogada no Rio Grande do Sul*

## RESUMO

O presente artigo tem como objetivo a análise das alterações feitas na Lei nº 11101/2005, positivando a possibilidade de se aplicar os mecanismos de autocomposição no processo de recuperação judicial. Serão abordadas as alterações promovidas pela Lei tal, bem como os reflexos no soerguimento das empresas antes da realização de audiências conciliatórias.

Ainda, serão analisados casos concretos em que foram utilizados mecanismos de autocomposição, a fim de otimizar o processo de reestruturação empresarial.

Palavras-chave: Recuperação judicial. Reestruturação empresarial. Conciliação. Arbitragem. .

## ABSTRACT

This article aims to analyze the changes made in Law n. 11101/2005, affirming the possibility of applying the self-composition mechanisms in the judicial reorganization process. The amendments promoted by such Law will be addressed; as well as the effects on the uplifting of companies before holding conciliatory hearings.

In addition, specific cases in which self-composition mechanisms were used in order to optimize the corporate restructuring process will be analyzed.

Keywords: Judicial recovery. Business restructuring. Conciliation. Arbitration.

## 1 Recuperação judicial e mecanismos de autocomposição

A Lei nº 14.112/2020 trouxe várias alterações na Lei nº 11.101/2005, a conhecida Lei de Falências, e uma das suas principais mudanças foi a positivação da conciliação ou mediação, como meio de negociação na recuperação judicial. Com a vigência das alterações, a Lei de Falências conta com uma seção,

exclusiva, para os dispositivos relacionados aos mecanismos de autocomposição, dispondo sobre seu procedimento, prazos e impeditivos.

A conciliação e a mediação vêm ganhando espaço no ordenamento jurídico brasileiro, tendo como marco inicial a Resolução nº 125/2010 do CNJ<sup>1</sup>. No mesmo sentido, os métodos autocompositivos conquistaram grande visibilidade e espaço com a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) e o novo Código de Processo Civil, no qual estabelece que deve ser oportunizada às partes a possibilidade de transigir por meio da audiências de conciliação. Assim dispõe o art. 334 do CPC:

Art. 334. 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 com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

Nesse sentido, em 2016, foi aprovado o enunciado nº 92 da 1ª Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, estabelecendo que a conciliação e a mediação são compatíveis com a recuperação judicial. Vejamos:

92 - A mediação e a conciliação são compatíveis com a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, bem como em casos de superendividamento, observadas as restrições legais.

O implemento e o fomento à conciliação e mediação não são só um meio de negociação, mas também como instrumento de política social e exercício da democracia. Assim, leciona: <sup>2</sup>

Compreende-se que a solução negociar não é apenas um meio eficaz e econômico de resolução dos litígios: trata-se de importante instrumento de desenvolvimento da cidadania, em que os interessados passam a ser protagonistas da

<sup>1</sup> <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156> acessado em 25 de abril de 2021.

<sup>2</sup> DIDDIER Jr., Fredie. Curso de Processo Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. Ed. Salvador: Juspodivum, p.305, 2017.

construção da decisão jurídica que regula as suas relações. (...) O propósito evidente é tentar dar início a uma transformação da cultura da sentença para a cultura da paz.

Portanto, percebe-se que a novidade trazida pela Lei nº 14.112/2020 só consolida o que vem sendo praticado no Judiciário brasileiro e, inclusive, em algumas recuperações judiciais emblemáticas. Como exemplo de utilização de métodos autocompositivos nos processos de recuperação judicial, há a recuperação judicial da famosa empresa de telefonia Oi, a qual se dispôs a negociar créditos de pequena monta por meio da mediação.

Nesse sentido, cabe colacionar trecho da decisão nos autos do processo nº 0203711-65.2016.8.19.0001 em trâmite na 7ª Vara Empresarial do Rio de Janeiro/RJ, a qual deferiu a mediação como meio de negociação nos autos da recuperação judicial da Oi, que atualmente é uma das maiores recuperações judiciais do país.

(...) As Recuperandas, após informar que, juntamente com o NUPEMEC têm trabalhado para viabilizar a mediação dos créditos de pequena monta, requerem que este juízo nomeie a Fundação Getúlio Vargas - FGV - para organizar e executar a mediação desses credores, já deferida nos autos às fls. 104.876/104.881.(...)

A empresa Oi se propôs a negociar créditos de até 50 mil reais, o que tem como principal objetivo desafogar a assembleia geral de credores, tendo em vista que mais de 90% dos credores têm crédito de até 50 mil reais.

Ainda, há outras grandes empresas que fizeram uso de métodos autocompositivos em seus processos de recuperação judicial, podendo citar a Inepar, na qual as sessões de conciliação estão sendo feitas pelo administrador judicial.

O novo art. 22, alínea J da Lei de Falências dispõe que é dever do administrador judicial estimular a conciliação e a mediação nos processos de recuperação judicial.

Art. 22. Ao administrador judicial compete, sob a fiscalização do juiz e do Comitê, além de outros deveres que esta Lei lhe impõe:  
I – na recuperação judicial e na falência:  
(...)

j) estimular, sempre que possível, a conciliação, a mediação e outros métodos alternativos de solução de conflitos relacionados à recuperação judicial e à falência, respeitados os direitos de terceiros, na forma do § 3º do art. 3º da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil);

Seguindo a mesma linha e, inclusive, acompanhando o que dispõe o Código de Processo Civil, o art. 20<sup>3</sup> estabelece que a conciliação e a mediação devem ser incentivadas em todos os graus de jurisdição e podendo ocorrer em caráter antecedente ou incidentemente. Assim dispõe o art. 20-B:

Art. 20-B. Serão admitidas conciliações e mediações antecedentes ou incidentais aos processos de recuperação judicial, notadamente:

I - nas fases pré-processual e processual de disputas entre os sócios e acionistas de sociedade em dificuldade ou em recuperação judicial, bem como nos litígios que envolverem credores não sujeitos à recuperação judicial, nos termos dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei, ou credores extraconcursais;

II - em conflitos que envolverem concessionárias ou permissionárias de serviços públicos em recuperação judicial e órgãos reguladores ou entes públicos municipais, distritais, estaduais ou federais;

III - na hipótese de haver créditos extraconcursais contra empresas em recuperação judicial durante período de vigência de estado de calamidade pública, a fim de permitir a continuidade da prestação de serviços essenciais;

IV - na hipótese de negociação de dívidas e respectivas formas de pagamento entre a empresa em dificuldade e seus credores, em caráter antecedente ao ajuizamento de pedido de recuperação judicial.

<sup>3</sup> Art. 20-A. A conciliação e a mediação deverão ser incentivadas em qualquer grau de jurisdição, inclusive no âmbito de recursos em segundo grau de jurisdição e nos Tribunais Superiores, e não implicarão a suspensão dos prazos previstos nesta Lei, salvo se houver consenso entre as partes em sentido contrário ou determinação judicial.

Cabe salientar que a mediação ou conciliação não suspende os prazos, mas, estando o processo de recuperação judicial apto a ser processado, é possível o pedido de antecipação de tutela, com o objeto de suspender as execuções por 60 dias, os quais serão descontados do *stay period* se ajuizada recuperação judicial posteriormente.

Vejamos o que dispõe o art. 20, parágrafo primeiro da Lei de Falências:

§ 1º Na hipótese prevista no inciso IV do *caput* deste artigo, será facultado às empresas em dificuldade que preencham os requisitos legais para requerer recuperação judicial obter tutela de urgência cautelar, nos termos do art. 305 e seguintes da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), a fim de que sejam suspensas as execuções contra elas propostas pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, para tentativa de composição com seus credores, em procedimento de mediação ou conciliação já instaurado perante o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) do tribunal competente ou da câmara especializada, observados, no que couber, os arts. 16 e 17 da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.

Como meio de proteger o credor e dar maior segurança às negociações, se a empresa entrar em recuperação judicial até 360 dias após firmado o acordo, o crédito objeto da negociação preserva sua situação anterior, podendo ser habilitado na classe que corresponde e pelo valor originário, conforme estabelecido no art. 20-C<sup>4</sup>, parágrafo único da Lei de Falências.

Com a crise sanitária e econômica provocada pela pandemia da Covid-19, as alterações feitas na Lei de Falências trazem meios mais sólidos e alternativos para as negociações nos processos de recuperação judicial. Como reflexo da crise, já é possível observar um aumento significativo no número de pedidos de fa-

<sup>4</sup> Parágrafo único. Requerida a recuperação judicial ou extrajudicial em até 360 (trezentos e sessenta) dias contados do acordo firmado durante o período da conciliação ou de mediação pré-processual, o credor terá reconstituídos seus direitos e garantias nas condições originalmente contratadas, deduzidos os valores eventualmente pagos e ressalvados os atos validamente praticados no âmbito dos procedimentos previstos nesta Seção.

lência, o qual se elevou em 12, 7%<sup>5</sup>, e de recuperação judicial, que cresceu 13,4%, ambos se comparado ao ano de 2019.

Com o aumento do número de demandas judiciais em razão da crise, sendo na área da saúde ou relacionado à esfera trabalhista, atrelada com a morosidade inerente ao Judiciário, é ainda mais recomendado que seja propiciado um ambiente para negociação por meio da conciliação ou mediação. Nessa senda, está a recomendação nº 71/2020 do CNJ<sup>6</sup>, a qual propõe a criação de um Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania empresariais.

Ante a breve análise das principais normas e posicionamentos envolvendo a conciliação e mediação em conjunto com as alterações da Lei de Falências, é possível perceber que os métodos de autocomposição, seja por meio de conciliação ou mediação, são instrumentos eficazes e seguros para as negociações nos processos de recuperação judicial. Por meio de tais mecanismos, é provável chegar a resultados mais céleres e econômicos, se comparado aos morosos e complexos processos de recuperação judicial que tramitam no Judiciário brasileiro.

Tais alterações corroboram com o disposto no art. 47 da Lei de Falências, pois fazer uso da conciliação ou mediação como meio de negociação na recuperação judicial só aumenta as possibilidades de se manter a fonte produtora de emprego, riqueza e atividade econômica.

Segundo Marlon Tomazzete<sup>7</sup>, o princípio da função social da empresa, representado pelo artigo citado anteriormente, é motivo para haver maior engajamento a fim de obter êxito na recuperação da empresa. Assim entende:

Na recuperação judicial, tal princípio servirá de base para a tomada de decisões e para a interpretação da vontade dos credores e do devedor. Em outras palavras, ao se trabalhar em uma recuperação judicial deve-se sempre ter em mente a sua função social. Se a empresa puder exercer muito bem sua função social, há uma justificativa para mais esforços no sentido da sua recuperação.

<sup>5</sup> <https://www.boavistaservicos.com.br/noticias/pedidos-de-falencia-avancam-127-em-2020/> acessado em 25 de abril de 2021.

<sup>6</sup> <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3434> acessado em 25 de abril de 2021.

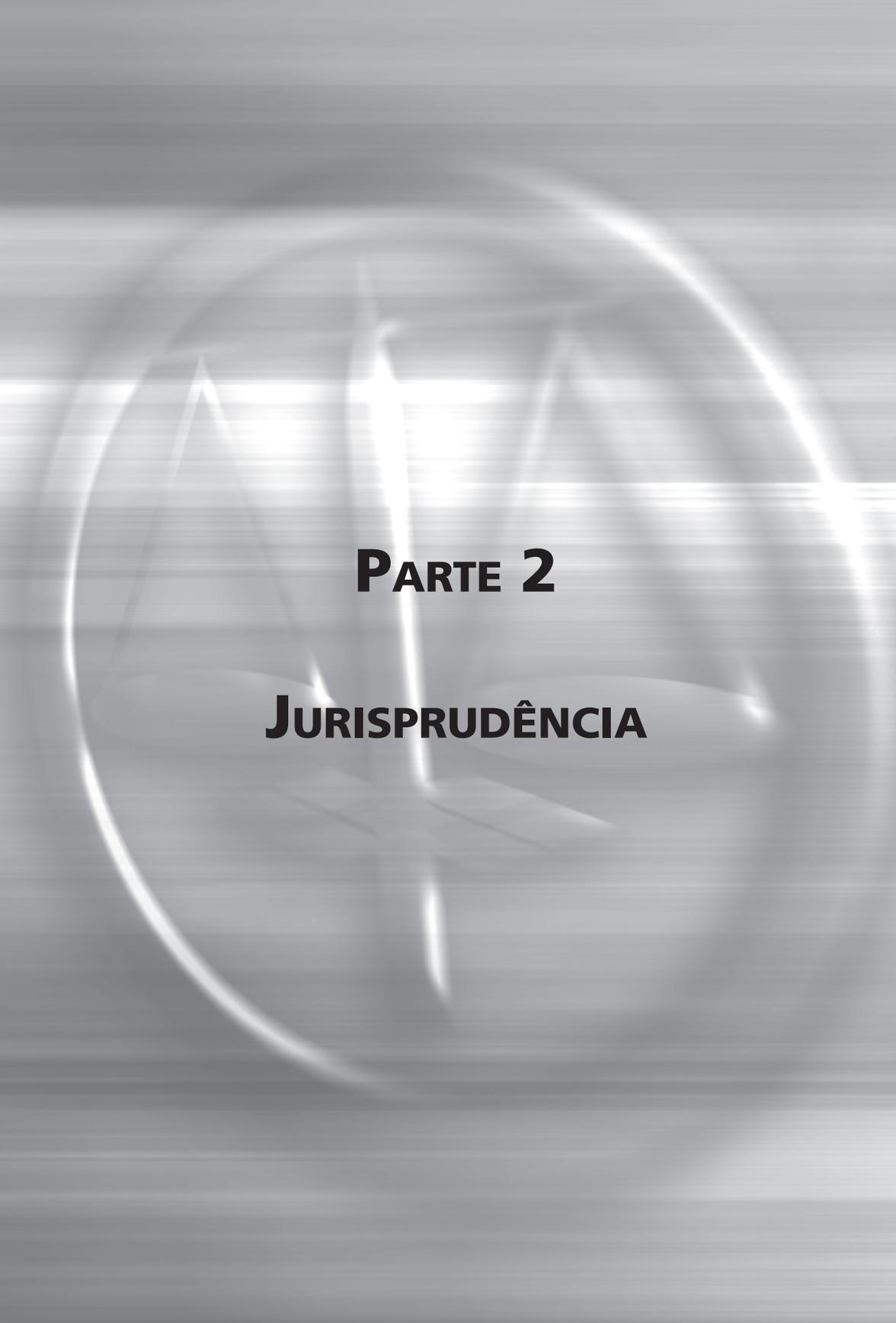
<sup>7</sup> TOMAZZETE, Marlon. Curso de direito empresarial: Falência e recuperação de empresas, v.3. 5 ed. São Paulo:Atlas, 2017, p.96.

Em outros termos, a alteração legislativa traz mais uma possibilidade para a superação da crise empresarial, cabendo aos profissionais da área, como advogados, juízes, e administradores judiciais, conhecerem o ordenamento e estarem dispostos a implementarem tais práticas.

## Referências

- DIDDIER Jr., Fredie. **Curso de Processo Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. Ed. Salvador: Juspodivum, p.305, 2017.
- <https://www.conjur.com.br/2021-mar-13/garcia-mediacao-conciliacao-lei-falencias>. Acessado em: 25 de abril de 2021.
- [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm) Acessado em: 25 de abril de 2021.
- <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3434> acessado em 25 de abril de 2021. Acessado em: 25 de abril de 2021.
- <https://www.boavistaservicos.com.br/noticias/pedidos-defalencia-avancam-127-em-2020/>. Acessado em: 25 de abril de 2021.
- <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acessado em: 25 de abril de 2021.
- [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acessado em: 25 de abril de 2021.
- [https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/impressao/clipping/cli\\_noticia.asp?idnot=24852](https://aplicacao.aasp.org.br/aasp/impressao/clipping/cli_noticia.asp?idnot=24852). Acessado em: 25 de abril de 2021.
- <https://julianacoppi.jusbrasil.com.br/artigos/783779096/aplicacao-da-mediacao-e-da-conciliacao-na-recuperacao-judicial-de-empresas?ref=feed>. Acessado em: 25 de abril de 2021.
- TOMAZZETE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: Falência e recuperação de empresas, v.3. 5 ed. São Paulo:Atlas, 2017.





**PARTE 2**

**JURISPRUDÊNCIA**



# Supremo Tribunal Federal

**Decreto-Lei nº 70/66. Execução extrajudicial de dívidas hipotecárias no regime do SFH. Repercussão geral. Tema 249.<sup>1</sup>**

## EMENTA OFICIAL

**Direito processual civil e constitucional. Sistema Financeiro da Habitação. Decreto-lei nº 70/66. Execução extrajudicial. Normas recepcionadas pela Constituição Federal de 1988. Precedentes. Recurso extraordinário não provido.**

1. O procedimento de execução extrajudicial previsto pelo Decreto-Lei nº 70/66 não é realizado de forma aleatória, uma vez que se submete a efetivo controle judicial em ao menos uma de suas fases, pois o devedor é intimado a acompanhá-lo e pode lançar mão de recursos judiciais se irregularidades vierem a ocorrer durante seu trâmite.

2. Bem por isso, há muito a jurisprudência da Suprema Corte tem estabelecido que as normas constantes do Decreto-lei nº 70/66, a disciplinar a execução extrajudicial, foram devidamente recepcionadas pela Constituição Federal de 1988.

3. Recurso extraordinário não provido, propondo-se a fixação da seguinte tese de re-

percussão geral: "É constitucional, pois foi devidamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, o procedimento de execução extrajudicial previsto no Decreto-lei nº 70/66".

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual do Plenário de 26/3 a 7/4/21, na conformidade da ata do julgamento e nos termos do voto do Ministro Dias Toffoli, Relator, por maioria, apreciando o tema 249 da repercussão geral, em negar provimento ao recurso extraordinário e fixar a seguinte tese: "É constitucional, pois foi devidamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, o procedimento de execução extrajudicial, previsto no Decreto-lei nº 70/66". Vencidos os Ministros Luiz Fux (Presidente), Cármen Lúcia, Ayres Britto, Edson Fachin e Marco Aurélio. Não votou o Ministro Roberto Barroso, sucessor do Ministro Ayres Britto, que votara em assentada anterior.

<sup>1</sup> Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346690748&ext=.pdf>>.

Brasília, 8 de abril de 2021.  
Ministro Dias Toffoli, Relator.  
RE 627.106. DJE 14/06/2021.

## RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

Vistos.

Ana Beatriz dos Santos interpõe recurso extraordinário (fls. 414 a 443) contra acórdão proferido pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região assim ementado:

**“FINANCIAMENTO HABITACIONAL. REVISÃO CONTRATUAL. CONJUNTO PROBATÓRIO. SISTEMA DE AMORTIZAÇÃO. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. IRREGULARIDADES. NÃO COMPROVADAS. ÔNUS SUCUMBENCIAIS.**

1. Inovações recursais. Recuso não-conhecido em parte.
2. Conjunto probatório frágil e inconsistente quanto às teses, arroladas pela parte demandante, na petição recursal.
3. Não-demonstrada prática abusiva em relação ao sistema de amortização que foi adotado, às taxas de juros e aos indexadores do saldo devedor.
4. Não-verificada irregularidade em relação ao processo de execução extrajudicial, recepcionado pelo ordenamento constitucional. Inteligência do Decreto-Lei nº 70, de 21/11/1966.
5. Mantida condenação em ônus sucumbenciais, fixada na forma do contido no art. 20 do Código de Processo Civil” (fl. 375).

Interpostos embargos de declaração (fls. 378 a 386), foram acolhidos, em parte, para fins de prequestionamento (fls. 387 a 389). Insurge-se a agravante, no apelo extremo, fundado na alínea a do permissivo constitucional, contra alegada contrariedade ao art. 5º, incisos XXII, XXIII, XXXII, XXXV, XXXVII, LIII e LIV, e ao art. 6º da Constituição Federal, em razão de ter sido reconhecida a recepção, pela vigente Magna Carta, da regra que permite a execução extrajudicial de imóvel objeto de dívida hipotecária, da forma como prevista pelo Decreto-Lei nº 70/66.

Processado sem contrarrazões (fl. 444), o recurso não foi admitido na origem (fls. 446/447), o que ensejou a interposição de agravo de instrumento.

Pelo despacho de fls. 458 a 460, reconheci a existência de repercussão geral da matéria aqui em discussão, tendo sido a decisão referendada pelo Plenário Virtual desta Corte (fl. 465).

Dei, então, provimento ao agravo de instrumento, determinando sua conversão em recurso extraordinário (fl. 470).

Opinou a douta Procuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Dr. **Paulo da Rocha Campos**, pelo não provimento do recurso (fls. 474 a 477).

Por fim, admiti o ingresso no feito, na condição de *amica curiae*, da Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança (ABECIP) e indeferi igual pleito formulado por Lisiane Gonçalves de Souza (fl. 506).

É o relatório.

### **ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

#### **O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):**

Senhor Presidente, antes de iniciar o meu voto, lembro que também está em pauta o Recurso Extraordinário nº 556.520, que trata da mesma matéria, da relatoria do Ministro Marco Aurélio. Sua Excelência, na sessão de 25 de maio de 2011, naquele caso, votou pela não recepção dos arts. 29 e 31 a 38 do Decreto-Lei nº 70/66 pela Constituição de 1988, no que foi acompanhado pelo eminente Ministro Luiz Fux. Eu pedi vista e devolvi junto com este de que eu sou Relator e que estava em repercussão geral.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Está, inclusive, na pauta dirigida de hoje, precedendo este processo.

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE) - Podemos apregoar para o julgamento em conjunto.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR):

É julgamento em conjunto.

### **VOTO**

#### **O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

A decisão regional, ora atacada, estabeleceu que as mencionadas normas do Decreto-Lei nº 70/66 teriam sido recepcionadas pela Constituição Federal de 1988, contra o quê se insurge a recorrente, a postular, por conseguinte, o reconhecimento da inconstitucionalidade da execução extrajudicial prevista por esse diploma legal.

Sem razão, contudo.

De há muito já se encontra pacificado, na jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que as disposições constantes do Decreto-Lei nº 70/66 que cuidam de execução extrajudicial foram recepcionadas pela Constituição Federal de 1988, não padecendo, destarte, de nenhum vício a execução que assim seja levada a cabo pelo credor hipotecário.

Tal decorre da constatação de que esse procedimento não é realizado de forma aleatória e se submete a efetivo controle judicial em ao menos uma de suas fases, sendo certo que o devedor é intimado a acompanhá-lo, podendo impugnar, inclusive no âmbito judicial, o desenrolar do procedimento se irregularidades vierem a ocorrer durante seu trâmite.

Trata-se de posição antiga, porém reiteradamente renovada, no âmbito desta Corte, pelo menos desde o julgamento do RE nº 223.075/DF, Relatado pelo ilustre Ministro Ilmar Galvão, cuja ementa assim dispõe:

“EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI Nº 70/66. CONSTITUCIONALIDADE. Compatibilidade do aludido diploma legal com a Carta da República, posto que, além de prever uma fase de controle judicial, conquanto a posteriori, da venda do imóvel objeto da garantia pelo agente fiduciário, não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida, de logo, pelos meios processuais adequados. Recurso conhecido e provido” (Primeira Turma, DJ de 6/11/98).

Da fundamentação do acórdão, destaca-se o seguinte trecho, que faz menção a uma antiga manifestação do saudoso Ministro Décio Miranda, reconhecendo, ainda sob a égide da Constituição Federal de 1967, a perfeita compatibilidade do aludido diploma legal com a ordem constitucional então vigente, in verbis:

“Recorda, ainda, o Prof. Arnold Wald, que a matéria foi longamente estudada em várias decisões do antigo TFR, destacando-se o julgamento do MS nº 77.152, Min. Décio

Miranda (Rev. Forense, 254/247), em cujo voto afirmou o eminente julgador, posteriormente brilhou esta Corte, verbis:

‘O DL nº 70, de 21.11.66, no art. 29, autoriza o credor hipotecário no regime do Sistema Financeiro da Habitação, a optar pela execução do crédito na forma do C. Pr. Civil, ou na forma dos arts. 31 a 38 do mesmo Decreto-lei.

E os arts. 31 a 38 instituem nova modalidade de execução. O credor hipotecário comunica a agente fiduciário o débito vencido e não pago. Este, após convocar o devedor a purgar o débito, promove público leilão do imóvel hipotecado, e, efetuado este, expedite carta de arrematação, que servirá como título para transcrição no Registro de Imóveis. Nesse regime a intervenção judicial só se dá para o fim de obter o arrematante imissão de posse do imóvel, que lhe será liminarmente concedida pelo juiz. A defesa do executado, salvo se consistir em prova de pagamento ou consignação anterior ao leilão, será debatida após a imissão de posse.

Alega-se que o procedimento não se harmoniza com o disposto no art. 153, § 4º, da Constituição, segundo o qual não poderá a lei excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

Não houve, porém, supressão do controle judicial. Estabeleceu-se, apenas, uma deslocação do momento em que o Poder

Judiciário é chamado a intervir. No sistema tradicional, ao Poder Judiciário se cometia em sua inteireza o processo de execução, porque dentro dele se exauria a defesa do devedor.

No novo procedimento, a defesa do devedor sucede ao último ato da execução, a entrega do bem excutido ao arrematante.

No procedimento judicial, o receio de lesão ao direito do devedor tinha prevalência sobre o temor de lesão ao direito do credor. Adia-se a satisfação do crédito, presumivelmente líquido e certo, em atenção aos motivos de defesa do executado, quaisquer que fossem. No novo procedimento, inverteu-se a ordem, deu-se prevalência à satisfação do crédito, conferindo-se à defesa do executado não mais condição impeditiva da execução, mas força rescindente, pois, se prosperarem as alegações do executado no processo judicial de imissão de posse, desconstituirá a sentença não só a arrematação como a execução, que a antecedeu.

Antes, a precedência, no tempo processual, dos motivos do devedor; hoje, a dos motivos do credor, em atenção ao interesse social da liquidez do Sistema Financeiro da Habitação.

Essa mudança, em termos de política legislativa, pôde ser feita, na espécie, sem inflição de dano irreparável às garantias de defesa do devedor. Tem este aberta a via da reparação, não em face de um cre-

dor qualquer, mas em relação a credores credenciados pela integração num sistema financeiro a que a legislação confere específica segurança. Se, no novo procedimento, vier a sofrer detrimento o direito individual concernente à propriedade, a reparação pode ser procurada no Poder Judiciário, seja pelo efeito rescindente da sentença na ação de imissão de posse, seja por ação direta contra o credor ou o agente fiduciário.

Assim, a eventual lesão ao direito individual não fica excluída de apreciação judicial. Igualmente desamparadas de razões dignas de apreço as alegações de ofensa aos §§ 1º e 22, do art. 153 da Constituição: a execução extrajudicial não vulnera o princípio da igualdade perante a lei (todos, que obtiveram empréstimo do sistema, estão a ela sujeitos) nem fere o direito de propriedade (a excussão não se faz sem causa, e esta reside na necessidade de satisfazer-se o crédito, em que também se investe direito de propriedade, assegurado pela norma constitucional).

Por outro lado, também não prospera a alegação, feita em casos análogos, de que a execução extrajudicial vulnera o princípio da autonomia e independência dos Poderes (art. 6º da Constituição).

O novo procedimento não retira do Poder Judiciário para o agente fiduciário parcela alguma do poder jurisdicional.

O agente fiduciário executa somente uma função adminis-

trativa, não necessariamente judicial.

A possibilidade dessa atuação administrativa resulta de uma nova especificação legal do contrato hipotecário, que assumiu, neste particular, feição anteriormente aceita no contrato de penhor, a previsão contratual da excussão por meio de venda amigável (Código Civil, art. 774, III).

Essa modalidade já se transformara em condição regulamentar na excussão de penhor pela Caixa Econômica (quem a ela leva jóias e objetos não tem outra alternativa). O mesmo passou a suceder em relação à hipoteca contratada com agente do Sistema Financeiro da Habitação (quem adere ao sistema aceita a hipoteca com essa virtualidade).

O litígio eventualmente surgido entre credor e devedor fica, num como noutro caso, separado do procedimento meramente administrativo da excussão.'

Como facilmente se percebe, trata-se de decisão que esborou, um por um, todos os fundamentos do acórdão recorrido.

Restou demonstrado, efetivamente, de modo irretorquível, que o DL nº 70/66, além de prever uma fase de controle judicial, antes da perda da posse do imóvel pelo devedor (art. 36, § 2º), não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento de venda do imóvel seja, de logo, reprimida pelos meios processuais próprios.

No presente caso, por exem-

plo, em que o devedor vem a Juízo alegar que houve inobservância, por parte do credor hipotecário, do princípio da equivalência salarial no reajustamento das prestações de seu contrato de financiamento da casa própria, impossibilitando o cumprimento de sua obrigação contratual, inexistente óbice a que juiz competente, liminarmente, suste a venda do imóvel por via do agente fiduciário e que, a final, comprovado o excesso de execução, reconheça ao devedor o direito de extinguir o seu débito por valores justos.

Nessas condições, é fora de dúvida que não cabe falar, como fez o acórdão recorrido, em ofensa às normas dos incisos XXXV, XXXVII e LIII do art. 5º da Constituição, nem, tampouco, em inobservância dos princípios do devido processo legal, do contraditório ou da ampla defesa.

A venda efetuada pelo agente fiduciário, na forma prevista em lei, e no contrato, como um meio imprescindível à manutenção do indispensável fluxo circulatório dos recursos destinados à execução do programa da casa própria, justamente porque provenientes, na quase totalidade, como se sabe, do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), é, portanto, um ato que não refoge ao controle judicial, estando, por isso, longe de configurar uma ruptura no monopólio do Poder Judiciário.

Nem é, aliás, por outro motivo que prestigiosa corrente doutrinária, com vistas ao de-

safogo do Poder Judiciário, preconiza que a execução forçada relativa à dívida ativa do Estado seja processada na esfera administrativa, posto reunir ela, na verdade, na maior parte, uma série de atos de natureza simplesmente administrativa. Reservar-se-ia ao Poder Judiciário tão-somente a apreciação e julgamento de impugnações, deduzidas em forma de embargos, com o que estaria preservado o princípio do monopólio do Poder Judiciário.”

Inúmeras e sucessivas decisões se seguiram nesse sentido, citandose, apenas para ilustrar, as ementas das seguintes:

“Execução extrajudicial. Recepção, pela Constituição de 1988, do Decreto-Lei n. 70/66. - Esta Corte, em vários precedentes (assim, a título exemplificativo, nos RREE 148.872, 223.075 e 240.361), se tem orientado no sentido de que o Decreto-Lei n. 70/66 é compatível com a atual Constituição, não se chocando, inclusive, com o disposto nos incisos XXXV, LIV e LV do artigo 5º desta, razão por que foi por ela recebido. Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido. - Por outro lado, a questão referente ao artigo 5º, XXII, da Carta Magna não foi prequestionada (súmulas 282 e 356). Recurso extraordinário não conhecido” (RE Nº 287.453/RS, Relator o Ministro Moreira Alves, Primeira Turma, DJ de 26/10/01).

“CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. NEGATIVA DE SEGUIMENTO DO RECURSO PELO RELATOR. OFENSA À CONSTITUIÇÃO. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DL 70/66. RECEPÇÃO. CONSTITUIÇÃO DE 1988. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. CF, art. 102, III, b. I. - Legitimidade constitucional da atribuição conferida ao relator para arquivar, negar seguimento a pedido ou a recurso e a dar provimento a esse RI/STF, art. 21, § 1º; Lei 8.038/90, art. 38; CPC, art. 557, redação da Lei 9.756/98 desde que, mediante recurso, possam as decisões ser submetidas ao controle do Colegiado. II. - Somente a ofensa direta à Constituição autoriza a admissão do recurso extraordinário. III. - Alegação de ofensa ao devido processo legal: CF, art. 5º, LV: se ofensa tivesse havido, seria ela indireta, reflexa, dado que a ofensa direta seria a normas processuais. E a ofensa a preceito constitucional que autoriza a admissão do recurso extraordinário é a ofensa direta, frontal. IV. - O pressuposto constitucional do recurso extraordinário, inscrito no art. 102, III, b, da Constituição, é que tenha o acórdão recorrido declarado a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. Se isso não ocorreu, segue-se a impossibilidade de o recurso, interposto com fundamento na citada alínea b, ser admitido. V. - O Supremo Tribunal Federal já se manifestou, por diversas vezes, no sentido de que o Decreto-lei 70/

66 é compatível com a atual Constituição. Precedentes. VI. - Agravo não provido" (AI nº 509.379/PR-AgR, Relator o Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ de 4/11/05).

"1. É pacífica a orientação desta Corte no sentido de que o Decreto-lei 70/66 é compatível com a atual Constituição Federal. 2. Agravo regimental improvido" (AI nº 514.565/PR-AgR, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ de 24/2/06).

"Agravo regimental em agravo de instrumento. 2. Decreto-Lei no 70/66. Recepção pela Constituição Federal de 1988. Precedentes. 3. Ofensa ao artigo 5º, I, XXXV, LIV e LV, da Carta Magna. Inocorrência. 4. Agravo regimental a que se nega provimento" (AI nº 600.876/SP-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJ de 23/2/07).

"1. Execução extrajudicial: firme o entendimento do Tribunal no sentido de que o Decreto-lei 70/66 é compatível com a atual Constituição. (cf. RE 287453, Moreira, DJ 26.10.2001; RE 223075, Galvão, DJ 23.06.98). 2. Agravo regimental: inovação de fundamento: inadmissibilidade" (RE nº 408.224/SE-AgR, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJe de 31/8/07).

"CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECRETOLAI 70/

66. ALEDAGA OFENSA AO ART. 5º, XXXV, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. I - A orientação desta Corte é no sentido de que os procedimentos previstos no Decreto-lei 70/66 não ofendem o art. 5º, XXXV, LIV e LV, Constituição, sendo com eles compatíveis. II - Agravo regimental improvido" (AI nº 600.257/SP-AgR, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe de 19/12/07).

"RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Execução extrajudicial. Decreto-Lei nº 70/66. Recepção pela Constituição Federal de 1988. Jurisprudência assentada. Ausência de razões consistentes. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões consistentes, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte" (AI nº 678.256/SP-AgR, Relator o Ministro Cezar Peluso, Segunda Turma, DJe de 26/3/10).

Ressalte-se, por oportuno, que em razão do firme posicionamento jurisprudencial deste Supremo Tribunal Federal a respeito do tema, os demais tribunais do país passaram a adotar o mesmo entendimento, citando-se, para exemplificar, os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

"RECURSO ESPECIAL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO.

DECRETO-LEI 70/66. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. INTIMAÇÃO PESSOAL PARA PURGAÇÃO DA MORA. INTIMAÇÃO EDITALÍCIA DATA LEILÕES. AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADES. AVALIAÇÃO DO IMÓVEL.

1. O acórdão recorrido, com base na análise dos documentos constantes dos autos, considerou que foi promovida a intimação pessoal para a purgação da mora e também a intimação por meio de edital para o primeiro e o segundo leilão após a recorrente haver se recusado a assinar a intimação a ela dirigida. Rever esta conclusão encontra obstáculo na Súmula 7.

2. O rito da execução extrajudicial disciplinada pelo Decreto-lei 70/66, reiteradamente proclamado compatível com a Constituição de 1988 pelo STF, não prevê etapa formal de avaliação do imóvel, ao contrário do que sucede em execuções promovidas em juízo. Embora o procedimento seja mais abreviado do que o das execuções judiciais, a posse do imóvel somente será transferida para o adquirente mediante ação de imissão de posse perante o Poder Judiciário, a qual, após a contestação, assumirá o rito ordinário, ensejando o mais pleno contraditório, inclusive acerca da publicidade dada à execução e do valor da alienação (Decreto-lei 70/66, art. 37, § 2º). Igualmente é possível o controle de legalidade do procedimento, durante o seu próprio curso, pelos meios proces-

suais adequados, ou, após o seu desfecho, mediante a propositura de ação de anulação da execução extrajudicial, no âmbito da qual pode ser requerida antecipação de tutela ou ajuizada medida cautelar incidental.

3. Hipótese em que não se alega, na ação anulatória, a transferência da propriedade por valor irrisório ou mesmo inferior ao de mercado, outro motivo a evidenciar a falta de relevância da alegação, deduzida apenas em grau de apelação, de nulidade por ausência de prévia formalidade de avaliação do imóvel no procedimento de execução extrajudicial.

4. Recurso especial conhecido em parte, e nessa parte, desprovido" (REsp nº 1.147.713/PB, Quarta Turma, Relatora a Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe de 15/12/10).

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. SFH. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. HIGIDEZ DO DECRETO-LEI N. 70/66. QUESTÃO JÁ SEDIMENTADA NO ÂMBITO DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO" (AgRg no Ag nº 1.116.195/PR— AgR, Quarta Turma, Relator o Ministro Aldir Passarinho Jr., DJe de 10/8/09).

"PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO.

I - O Tribunal de origem apre-

ciou todas as questões relevantes ao deslinde da controvérsia nos limites do que lhe foi submetido. Não há que se falar, portanto, em violação do artigo 535 do CPC ou negativa de prestação jurisdicional.

II - A tese de inconstitucionalidade do Decreto-lei nº 70/66 já foi rechaçada pelo Supremo Tribunal Federal em diversas oportunidades, de modo que a execução extrajudicial baseada na referida legislação não afronta o princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

III - O conteúdo jurídico dos demais artigos que se reputam violados não foi objeto de exame pelo Tribunal de origem. Súmula 211 deste Tribunal.

Agravo improvido" (REsp nº 949.631/RS, Relator o Ministro Sidnei Benetti, Terceira Turma, DJe de 3/3/09).

Constata-se, assim, que, tomando por parâmetro o entendimento já consolidado nesta Corte a respeito da perfeita compatibilidade do Decreto-Lei nº 70/66 com a vigente Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça perfilhou o mesmo posicionamento, não parecendo razoável, destarte, uma mudança de tal orientação, decorridos tantos anos desde que consolidada, no âmbito deste Supremo Tribunal Federal, essa posição jurisprudencial sobre o tema.

Nessa conformidade, mostra-se de rigor a reafirmação dessa pacífica jurisprudência

da Suprema Corte, reconhecendo-se, agora na condição de matéria com repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual da Corte, a recepção pela Constituição Federal de 1988 das normas do Decreto-Lei nº 70/66 que cuidam da execução extrajudicial.

Ante o exposto, voto pelo não provimento do recurso.

## ANTECIPAÇÃO AO VOTO

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - Senhor Presidente, apenas para acrescentar, tendo em vista o brilhantismo do voto do Ministro Dias Toffoli -como de praxe -, fiz aqui umas rápidas anotações que gostaria de submeter à apreciação do Plenário.

Na evolução - e aqui eu vou ser muito sucinto - histórica do processo de execução, essa equiparação dos títulos executivos extrajudiciais aos títulos executivos judiciais fez com que se admitisse que, no processo de execução de título extrajudicial - que é a antiga ação executiva, diferentemente da ação executória, que se baseava em sentença condenatória -, fosse possível se alegar tudo quanto seria possível alegar no processo de conhecimento. E por que razão? Porque, para a prática de atos de soberania, como soem ser os atos do processo de execução, expropriação dos bens - pode-se imaginar, por exemplo, pe-

nhora portas adentro, que também é um ato de soberania -, exige-se um sujeito imparcial. Nunca se admitiu na história da evolução dos direitos das obrigações que o credor se satisfizesse através de autotutela. Então, esse decreto-lei inverte completamente a lógica do acesso à Justiça; quer dizer, o devedor é submetido a atos de expropriação sem ser ouvido, e se ele, eventualmente, quiser reclamar, ele ingressa em juízo.

Eu entendo que, sob o ângulo axiológico, a Constituição Federal protege a cidadania, protege a propriedade, protege a dignidade da pessoa humana; enfim, esse conjunto de proteções induzem - no meu modo de ver, com a devida vênia - que esse procedimento de expropriação da propriedade do devedor, sem a intervenção de um sujeito imparcial, como sói ser o magistrado, afronta o princípio do devido processo legal.

Por esses fundamentos históricos de direito positivo e, também, ressaltando o fato de que não tive a oportunidade de participar da formação dessa jurisprudência que permite uma alienação particular a intervenção judicial dos bens do devedor num sistema constitucional que hoje erige um verdadeiro processo civil constitucional, com ampla defesa, contraditório, devido processo le-

gal e demais garantias, entendendo que ele realmente se choca frontalmente, ao menos prima facie, com o inciso 54, ao dispor que "*ninguém será privado da sua liberdade ou dos seus bens sem o devido processo legal*".

Senhor Presidente, com a devida vênia do Ministro Dias Toffoli, gostaria de manifestar minha divergência.

## TRIBUNAL PLENO

### RECURSO EXTRAORDINÁRIO 627.106

#### VOTO

A SENHORA MINISTRA CARMEN LÚCIA - Presidente, inicialmente eu quero registrar que este julgamento até aqui, pelo menos em grande parte do belo voto do Ministro Toffoli, é na esteira de uma jurisprudência sedimentada. É sempre bom lembrar, tal como fazia constar sempre e realçar o Ministro Sepúlveda Pertence, que, conforme o resultado, estaremos mudando uma jurisprudência. Há uma jurisprudência assentada, o que não significa que não possa ser mudada.

Digo isso porque eu mesma já votei no sentido de aplicar a jurisprudência, e num dos memoriais da Caixa Econômica é citado um agravo de instrumento de que sou Relatora, 709.499, em que citei o voto

exatamente do Ministro Ilmar Galvão num dos recursos extraordinários considerados paradigmas - o de nº 223.075 é do Ministro Moreira Alves - para considerar recepcionado o Decreto-Lei nº 70/66; por isso mesmo, dando sequência e aplicação àquela jurisprudência, neguei seguimento àquele agravo de instrumento.

Entretanto, no estudo desses dois casos, eu vou pedir vênias ao Ministro Dias Toffoli e seguir o voto tal como tinha sido posto no Recurso Extraordinário nº 556.520 pelo Ministro Marco Aurélio, com a divergência agora, também, do Ministro Luiz Fux no Recurso Extraordinário nº 627.106.

Faço isso porque considerei que, efetivamente, a análise do que se tem no Decreto-Lei nº 70/66 desobedece, a meu ver, os princípios básicos do devido processo legal, uma vez que o devedor se vê colhido nos seus bens sem que haja a possibilidade imediata de acesso ao Poder Judiciário. A parte contrária vem alegando que tanto pode que, neste caso, a recorrente chegou até o Supremo. Mas isso não significa o respeito integral a que haja um devido processo devidamente observado - que significa no tempo certo, e não apenas nessa possibilidade remota ou reflexa de se ter acesso ao Poder Judiciário -, que se cumpra o devido processo legal.

Portanto, considero que, neste caso, nessa passagem específica do decreto-lei, não há espaço na Constituição de 1988 para ser considerado em consonância com o que se põe no art. 5º, inciso LIV, da Constituição. Com esse fundamento, efetivamente considero que é necessária a modificação da jurisprudência.

Voto no sentido de, no Recurso Extraordinário nº 627.106, dar provimento ao recurso da recorrente, com as vênias evidentemente do Ministro Relator, seguindo a divergência inaugurada pelo Ministro Luiz Fux. No caso do Recurso Extraordinário nº 556.520, acompanho o Ministro Relator para dar provimento ao recurso que, neste caso, é da entidade bancária.

É como voto, Senhor Presidente.

\*\*\*

## VOTO

**O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI** - Senhor Presidente, na semana passada fui convidado a dar uma palestra sobre soluções alternativas de controvérsias. Preparando-me para essa palestra, acessei os dados do Conselho Nacional de Justiça sobre o número de processos que tramitam no País. Fiquei absolutamente impactado pelo número disponível, e esse número correspondia ao ano de 2009.

Em 2009, o número de processos que ingressou no Judiciário brasileiro, sob a responsabilidade dos dezesseis mil juízes federais, estaduais, trabalhistas, militares, eleito-rais, que se somavam àqueles que já existiam, chegou-se à impressionante cifra de oitenta e cinco milhões de feitos. Daí porque o CNJ e o Judiciário brasileiro, de um modo geral, iniciaram esforços no sentido de promover soluções alternativas para a composição de litígios. O CNJ inclusive está fazendo um esforço nacional para incentivar a mediação, a conciliação e a arbitragem.

Quero crer, Senhor Presidente, que, embora seja um argumento metajurídico, este RE deve ser examinado também sob esse ângulo. Nós temos que dar vazão a essa demanda extraordinária que assola o Poder Judiciário, tendo em conta também que o governo federal, hoje, está fazendo um esforço enorme, por meio de suas agências de financiamento, no que diz respeito ao financiamento da casa popular juntamente com as entidades privadas. É preciso que se prestigie mecanismos ágeis para que este mercado, cada vez crescente, cada vez desenvolvido, possa funcionar adequadamente.

Esta é uma primeira consideração que faço. Entendo, na sequência, que, desde o momento em que o Decreto-Lei 70

foi concebido - e já se vão algumas décadas -, teve-se exatamente a desburocratização desse sistema de financiamento da casa própria, sobretudo e especialmente para as pessoas mais carentes do ponto de vista econômico.

Esta Corte tem uma jurisprudência muito sólida na linha de considerar o Decreto-lei 70/1966 compatível com a Carta Magna. Mesmo depois do advento da Constituição de 1988, essa compatibilidade foi reafirmada em diversos julgados, e muitos deles foram trazidos à baila pelo eminente Ministro Relator. Eu mesmo me pronunciei nesse sentido no Agravo de Instrumento 600.257, de São Paulo, considerando que não havia ofensa aos dispositivos constitucionais ventilados na inicial do recurso extraordinário correspondente.

Ademais, fiquei impressionado - no sentido positivo da palavra - com uma citação de trechos da obra *Direitos Reais*, do professor Orlando Gomes, que nos é ofertada no memorial do eminente advogado que sustentou da tribuna, em que este renomado civilista, dentre outros pontos, tratando do Decreto-Lei 70/1966, ressalta primeiro que não se impede nem se proíbe o acesso à via judicial; segundo lugar, em qualquer momento, em qualquer fase da execução extrajudicial, é possível o acesso ao

Poder Judiciário; se houver qualquer ofensa ao devido processo legal no que tange à execução extrajudicial a parte que se consideram prejudicada pode valer-se do Judiciário; finalmente, mais duas: a própria lei prevê o controle jurisdicional, no artigo 37, ainda que a posteriori, da execução, exigindo carta de arrematação, na venda por leiloeiro, que, transcrita no registro de imóveis, possibilita ao adquirente imitir-se, através de concessão de liminar, na posse do bem; por último, responsabiliza o agente fiduciário que, mediante comprovada má-fé, alienar o imóvel pela via extrajudicial.

Portanto, por esses argumentos jurídicos e por um argumento de ordem prática – qual seja o de não podermos chamar para o Poder Judiciário essa execução, que, salvo melhor juízo, está se fazendo a contento desde 1966 -, eu acompanho inteiramente o substancial voto do eminente Relator, pedindo vênias aos Ministros que dele discordam.

## VOTO

**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO** - Senhor Presidente, é certo que o Decreto-Lei nº 70/1966 consagra um tipo de execução privada de bens do devedor imobiliário e tem uma aparência, pelo menos, de expropriação, na medida em que - repito - consa-

gra um tipo de autotutela que não parece corresponder à teleologia da Constituição quando fala do devido processo legal: “ninguém será privado da sua liberdade ou dos seus bens sem o devido processo legal” - lembrou o Ministro Luiz Fux.

Mais e mais me convenço de que essa expressão “processo legal” no texto constitucional é um processo legal eminentemente jurisdicional, como também entendo que a Constituição, ao falar de acesso ao Poder Judiciário, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, que é o princípio da universalização da jurisdição ou da não negação, jamais, de justiça, também deve ser interpretado, diria Seabra Fagundes, do modo mais generoso possível. Não generoso como categoria - o adjetivo, aí, não é uma categoria ideológica, é uma postura eminentemente técnica, é a Constituição que se deseja, ampliativa ou generosamente aplicada em matéria de direitos e garantias individuais.

Então, mesmo sabendo da nossa jurisprudência, que é firme, vetusta, entendo que, à luz da nova Constituição, o Decreto-Lei nº 70/66 consagra um tipo de procedimento administrativo - embora que mescladamente com o judicial **a posteriori** - e mantém, com

princípios ou garantias processuais de índole constitucional, uma incompatibilidade vertical.

Por isso, peço vênia ao eminente Relator e ao eminente Ministro Lewandowski para acompanhar a divergência inaugurada pelo Ministro Luis Fux. Nesse caso, no que toca ao RE 626.106, que tem como recorrente Ana Beatriz dos Santos, eu estou conhecendo do recurso para provê-lo; e no outro, RE 556.520, eu conheço do recurso, mas para negar provimento a ele.

## VISTA

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Presidente, fico bastante preocupado com essa forma de pensar que traz sempre mais questões para o Judiciário. A mim me parece que a ideologia hoje presente é de realização de direito, se necessário, com intervenção judicial e não exatamente a fórmula que parece presidir.

Veja Vossa Excelência, por exemplo, que, dos oitenta e cinco milhões de processos aqui referidos pelo Ministro Lewandowski, uma boa parte, trinta e tantos milhões, são de execução fiscal. E veja que, no mundo todo, respeitoso do estado de direito, uma boa parte da execução fiscal não se faz de forma judicial. Também, já se demonstrou aqui que é muito comum, nos países respeitosos do estado de direito, a prá-

tica de execução nos moldes realizados por esse tal decreto-lei.

Tendo em vista os votos já avançados no sentido da não-recepção, Presidente, vou pedir vista dos autos para trazer um exame mais acurado do tema, porém, devo dizer que fico extremamente preocupado diante da realidade que se desenha com esse modelo que sobreonera sobremaneira o Judiciário e que o inviabiliza de forma clara, trazendo inclusive custos adicionais para o modelo de contrato e de financiamento.

## O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

**Vai onerar o bom pagador, o bom cidadão.**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - É uma preocupação muito grande. Quer dizer, tem de se encontrar um modelo adequado, não podendo haver, claro, a expropriação abusiva, a desapropriação, mas sendo possível até que, em respeito ao próprio contrato estabelecido, haja a possibilidade eventual de execução. O que não pode é o sistema - o sistema que se, eventualmente, desenhe ou engendre - não ser respeitoso das regras básicas do equilíbrio que se estabelece, inclusive, nessas relações.

Eu já tinha manifestado essa

preocupação num outro caso em que tivemos debate e no qual enfatizamos a importância da intervenção judicial, que é o caso da conciliação prévia, também, no âmbito da Justiça do Trabalho.

Veja Vossa Excelência que nós, atualmente, somos uma país líder em número de processos no âmbito da Justiça do Trabalho e nos permitimos, hoje, dispensar a conciliação prévia, dizendo que ela pode ser viciada e, portanto, nós a consideramos inconstitucional. O próprio sistema constitucional reforça o papel do sindicato, autoriza que ele tenha um papel decisivo, e nós estamos assumindo tarefas para as quais não conseguimos responder.

De modo que vou pedir vênia àqueles que estão se manifestando no sentido da não-recepção e, para fazer um voto mais elaborado, vou pedir vista dos autos, revelando, desde logo, essa minha preocupação.

**O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO** - Senhor Presidente, quero dizer ao Ministro Gilmar Mendes que, ouvindo atenta-mente Sua Excelência, também estou aqui a prometer a mim mesmo um exame aprofundado da matéria, sem embargo de reconhecer, de logo, que a situação, parece-me, não pode ser comparada com execução fiscal, porque, aí,

a parte exequente é o próprio Poder Público, cujos atos gozam, em princípio, de presunção de veracidade, legitimidade e execução, que deita raízes na própria Constituição Federal. Mas fiquei confortado intelectualmente com o pedido de vista de Sua Excelência.

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES** - Veja que nós mesmos já avançamos no que diz respeito à arbitragem - aquele debate travado aqui a propósito da legitimidade, ou não, da fórmula da arbitragem - e acabamos por entender passível e possível de valorização a arbitragem entre nós.

De modo que vou, então, pedir vista.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)** - Vossa Excelência me permite? Como estamos todos refletindo sobre matéria que está assentada no Supremo há muito tempo, seria talvez conveniente também examinar a questão - acho fora de dúvida que não há aqui nenhum impedimento ao acesso ao Poder Judiciário - de saber se essa é a única forma que o ordenamento jurídico prevê de perda de domínio, e não apenas a perda de domínio imobiliário, mas de domínio de outros bens.

Ouvi atentamente as sustentações, e o ilustre professor, que sustentou em benefício da As-

sociação Brasileira, aludiu à usucapião administrativa, mas acho que nem precisaria ir até lá. A usucapião, como instituto antiquíssimo, opera perda de propriedade imobiliária sem a intervenção do Poder Judiciário.

A sentença na ação de usucapião, que não é obrigatória senão para efeito de disponibilidade - a pessoa pode tornar-se proprietária por usucapião sem ter sentença declaratória -, evidentemente não outorga o domínio; o domínio vem da coexistência dos requisitos da usucapião, e a pessoa perde a propriedade por esse mero conjunto, pela presença do conjunto. Mais do que isso: temos casos de perda de sinal, perda de depósito etc.. Então, há várias hipóteses do ordenamento jurídico em que há perda de bem sem prévio recurso ao Poder Judiciário. Acho que isso devia ser meditado, e, como Vossa Excelência vai estudar o caso profundamente, talvez pudesse examinar.

O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO - Eu só lembro que usucapião também é um instituto de direto constitucional, tem previsão na Constituição.

**O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (PRESIDENTE)** - Sim, mas, antes de a Constituição brasileira pensar nisso, ela já existia no ordenamento ocidental há mais de vinte sécu-

los.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX** - O que me parece mais preocupante é que, na ponderação de bens, nós estejamos mais preocupados com o volume de trabalho do Judiciário e a possibilidade de limitação de um exercício de um consectário da cidadania; quer dizer, em nome de um esvaziamento do Poder Judiciário, permite-se a expropriação extrajudicial do bem do devedor sem que ele possa discutir sequer a causa debendi. E isso só ocorre a posteriori. De sorte que acho que, na ponderação de bens, não é essa execução que acaba por impor ao Judiciário um excesso de trabalho.

De qualquer maneira, evidentemente o Ministro Gilmar vai trazer o voto vista, mas gostaria que Sua Excelência também levasse em consideração essa ponderação entre o esvaziamento do trabalho do Judiciário e a expropriação de bens de uma pessoa que não participa desse processo de alienação.

## EXTRATO DE ATA

**Decisão:** Após os votos dos Senhores Ministros Dias Toffoli (Relator) e Ricardo Lewandowski, negando provimento ao recurso extraordinário, e os votos dos Senhores Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia e Ayres Britto, provendo-o, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Ausente, licen-

ciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pela recorrida, o Dr. Natanel Lobão Cruz e, pela interessada, o Professor Arruda Alvim. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 18.08.2011.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli e Luiz Fux.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

P/ Luiz Tomimatsu, Secretário .

## VOTO

**O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES:** Sr. Presidente, temos para exame o Tema 249 da Repercussão Geral, assim descrito:

“Execução extrajudicial de dívidas hipotecárias contraídas no regime do Sistema Financeiro de Habitação.”

Cuida-se de Agravo de Instrumento interposto contra decisão que inadmitiu Recurso Extraordinário, em que se discute a compatibilidade, ou não, das normas estabelecidas pelo Decreto-lei 70/66, que possibilitam a execução extrajudicial das dívidas hipotecárias contraídas no regime do Sistema Financeiro da Ha-

bitação, com do disposto nos artigos 5º, XXII, XXIII, XXXII, XXXV, XXXVII, LIII, LIV e LV, e 6º, da Constituição Federal.

Na origem, trata-se de Medida Cautelar Preparatória de sustação de leilão extrajudicial e Ação Declaratória de Nulidade, combinada com Revisional de Contrato, proposta por Ana Beatriz dos Santos em face da Caixa Econômica Federal, em que se alegam irregularidades no contrato de mútuo firmado entre as partes.

Narra, a parte autora, que seu então companheiro celebrou com a Caixa Econômica Federal contrato de mútuo para aquisição do imóvel residencial. Informa que, pelo mesmo instrumento contratual, deu o imóvel adquirido em hipoteca a favor da mutuante, ora recorrida, como garantia da dívida correspondente ao financiamento.

Afirma que “a capacidade de pagamento da Autora foi inibida em virtude da política econômica nacional e, sobretudo, em razão da forma abusiva com que a Ré procede ao reajustamento das prestações, impingindo interpretações de regras em dissonância com os ditames da Legislação vigente e, ao seu sabor circunstancial, oscilando entre as disposições da Lei nº 4.380/64 e as imprecisas regras emanadas pelos economistas do Banco Central, o que levou à

inadimplência da Autora.” (fl. 25, Doc. 9) e apontou divergências entre os valores cobrados e os supostamente devidos de acordo com o contrato e a legislação a ele aplicável.

Defende que as normas a serem aplicáveis ao contrato impugnado são as constantes da Lei 4.380/64 e que deve ser aplicado ao caso o Código de Defesa do Consumidor. Alega que o seguro contratado consubstancia-se modalidade de venda casada, e pleiteia a possibilidade de contratação em outra instituição que não lhe acarrete excessiva onerosidade. Assevera a necessidade de revisão das cláusulas contratuais que estipulam a forma de cálculo do saldo devedor e apontou irregularidades quanto à forma de sua amortização. Insurge-se quanto à aplicação da TR como instrumento de atualização monetária e sustentou que a Tabela Price deve ser aplicada em sua forma original. Relata a prática de anatocismo pela parte ré e invocou o direito de compensar as quantias que deverão ser repetidas, nas prestações vencidas e vincendas, após a realização de perícia contábil. Por fim, requer a antecipação da tutela, para determinar que a CEF se abstenha da prática de atos executórios extrajudiciais até decisão final de mérito bem como o depósito das parcelas vincendas em

Juízo. Quanto ao mérito, postula a procedência da ação para (fls. 42/44, Doc. 9):

- “a) mandar citar a CEF (...)
- b) declarar a nulidade do procedimento de expropriação administrativa realizada com fulcro no Decreto-lei nº 70/66, pela forma ilegal de condução e pela fundamentação acima apresentada, e determinar o retorno ao “status quo ante”;
- c) conceder os benefícios da Assistência Judiciária à Autora (...)
- d) possibilitar à Mutuária a contratação de acessório-seguro em outra instituição que não lhes acarrete excessiva onerosidade no contrato;
- e) declarar que o presente contrato passe a reger-se pelos ditames da Lei nº 4.380/1964 e condenar a CEF a atualizar o saldo devedor pelo mesmo critério e índice utilizado para a atualização das prestações;
- f) condenar a CEF a excluir os juros que excedam o montante de 10,00% (dez por cento) ao ano, calculados de forma simples, não cumulativa;
- g) serem revistas todas as cláusulas e expressões do contrato que violem as diretrizes básicas do SFH, especialmente a cláusula contratual que estabelece a correção do saldo devedor pelos índices da Poupança, devendo, dessa forma, ser excluída a TR do presente pacto, utilizando-se os índices de correção aplicados na prestação;
- h) compensar os valores cobrados indevidamente pela CEF

(devolução dos juros, anatocismo etc.) com eventuais débitos da Autora, considerados em dobro, conforme previsão do artigo 940 do Código Civil;

i) declarar a quitação do financiamento objeto desta ação, em decorrência dos pagamentos efetuados a serem comprovados pela revisão judicial do contrato, após a realização de prova pericial técnica contábil, tendo em vista a Ré ser condenada a efetuar corretamente a amortização no saldo devedor na forma determinada pelo art. 6º, letra "c", da Lei nº 4.380/64, aplicando-se a Tabela Price ao presente contato, declarando-se nula a cláusula que prevê resíduo de responsabilidade da Mutuária, devendo a CEF, dessa forma, ao final do prazo contratual de 228 meses, dar a quitação do financiamento à Autora e, ainda, com a amortização de todos os valores pagos a maior, no próprio mês em que cada pagamento a maior for constatado, considerados EM DOBRO, como determina o art. 42, parágrafo único da Lei nº 8.078/90;

j) aplicar, no que for cabível os mandamentos do Código de Defesa do Consumidor, verificando-se a hipossuficiência e a vulnerabilidade da Autora perante a poderosa CEF, com a conseqüente inversão do ônus da prova, nos moldes dos artigos 4º, I e II, inciso VIII, todos do Código de Defesa do Consumidor;

k) condenar a Ré ao pagamento das custas, despesas proces-

suais e honorários advocatícios, a serem arbitrados(...)."

A Caixa Econômica Federal apresentou contestação (fls. 89/111, Doc. 9), alegando que o contrato ora impugnado foi firmado pelas partes no âmbito do Programa Carta de Crédito Caixa, e não através do Sistema Financeiro da Habitação, como sustentou a autora. Assinala que os reajustes das prestações dos contratos do referido Programa não estão vinculados ao salário ou à categoria profissional dos mutuários, tampouco a quaisquer outros Planos de Equivalência Salarial, mas sim pelo sistema de amortização SACRE, em que estão previstos recálculos anuais, juros decrescentes e amortização crescente. Assim, registra que o mutuário paga menos juros ao longo do contrato, e a dívida fica quitada ao término do prazo inexistindo saldo residual.

Ressalta ser improcedente o argumento de que deve prevalecer a aplicação do Plano de Equivalência salarial, por não estar previsto no contrato, e que houve decréscimo no valor das prestações e no saldo devedor. Defenda a constitucionalidade da execução extrajudicial do imóvel, conforme previsto no Decreto-lei 70/66. Sustenta a inaplicabilidade das normas do Código de De-

fesa do Consumidor aos contratos de financiamento habitacional e afasta a alegação de que estariam sendo cobrados juros sobre juros (anatocismo). Ao final, requer a total improcedência da ação.

O Juízo de primeiro grau concedeu parcial antecipação dos efeitos da tutela, para que a ré se abstinhasse de alienar o imóvel adjudicado a terceiros até julgamento final do processo; reconheceu a incidência do Código de Defesa do Consumidor ao caso; negou a inversão do ônus da prova e determinou a realização de perícia técnica.

Realizada a perícia, foi prolatada sentença simultaneamente em ambas as Ações (cautelar e ordinária) na qual foi reconhecida a constitucionalidade do procedimento extrajudicial previsto no Decreto-lei 70/66; assim, os pedidos foram julgados improcedentes, e foi revogada a tutela antecipada anteriormente outorgada (fls. 67/83, Doc. 10).

Irresignada, a parta autora apresentou recurso de apelação (fls. 84/125, Doc. 10) em que reiterou as irregularidades contratuais apontadas na inicial, defendeu que o contrato deve ser regido pelas normas do SFH, mais precisamente pela Lei 4.380/1964. Sustenta, em síntese, que:

(a) é ilegal a adjudicação do

imóvel pela Caixa Econômica Federal com base no procedimento extrajudicial estabelecido pelo Decreto-lei 70/66;

(b) houve violação ao devido processo legal por ausência de intimação pessoal do devedor mutuário para que o exercício do direito de purgar a mora, no prazo legal, a fim de evitar o leilão extrajudicial do imóvel;

(c) é inconstitucional o procedimento extrajudicial previsto no Decreto-lei 70/66 não está pacificada no âmbito do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL;

(d) o procedimento executório efetuado extrajudicialmente com base no referido Decreto-lei é incompatível com os comandos constitucionais do direito à propriedade, da função social da propriedade, da inafastabilidade da jurisdição, do Juiz natural, do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, e do direito social à moradia (art. 5º, incisos XXII, XXIII, XXXII, XXXV, XXXVII, LIII, LIV, LV; e art. 6º);

(e) a eleição do procedimento extrajudicial previsto no Decreto-lei 70/66 se apresenta em dissonância com o que determina o artigo 620 do Código de Processo Civil (“Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”);

(f) não houve comum acordo entre o credor e o devedor no contrato de hipoteca a respeito da escolha do agente fiduciário, escolhido de forma unilateral pelo apelado; e

(g) a sentença deve ser refor-

mada para análise da questão sob o prisma da função social do contrato e da boa-fé contratual.

Em contrarrazões (fls. 129/133, Doc. 10), a Caixa Econômica Federal refutou integralmente todas as alegações da apelante e sustentou que a decisão foi prolatada tendo por base o laudo técnico pericial, o qual não foi impugnado pela recorrente. Assim, requereu a improcedência do recurso e a manutenção da sentença recorrida.

A 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com fundamento no conjunto fático probatório constantes dos autos, reconheceu a ausência de irregularidades contratuais, afastou a alegada inconstitucionalidade do procedimento de execução extrajudicial previsto no Decreto-lei 70/66, e negou provimento à apelação. O acórdão foi assim ementado (fl. 143, Doc. 10):

“ F I N A N C I A M E N T O  
HABITACIONAL. REVISÃO  
CONTRATUAL. CONJUNTO  
PROBATÓRIO. SISTEMA DE  
AMORTIZAÇÃO. EXECUÇÃO  
EXTRAJUDICIAL. IRREGULARI-  
DADES. NÃO-COMPROVA-  
DAS. ÔNUS SUCUMBENCIAIS.  
1. Inovações recursais, Recurso não-conhecido em parte.  
2. Conjunto probatório frágil e inconsistente quanto às teses, arroladas pela parte

demandante, na petição recursal.

3. Não-demonstrada prática abusiva em relação ao sistema de amortização que foi adotado, às taxas de juros e aos indexadores do saldo devedor.

4. Não-verificada irregularidade em relação ao processo de execução extrajudicial, recepcionado pelo ordenamento constitucional. Inteligência do Decreto-Lei nº 70, de 21/11/1966.

5. Mantida condenação em ônus sucumbenciais, fixada na forma do contido no art. 20 do Código de Processo Civil.”

Opostos embargos de declaração (fls. 148/156, Doc. 10), foram parcialmente acolhidos apenas para fins de prequestionamento (fl. 160, Doc. 10).

No Recurso Extraordinário (fl. 186/215, Doc. 10), interposto com fundamento no art. 102, III, 'a', da Carta Magna, a recorrente alega ter o acórdão recorrido deixado de observar o disposto nos artigos 5º, incisos XXII, XXIII, XXXII, XXXV, XXXVII, LIII, LIV e LV; e 6º, da Constituição Federal.

Sustenta, em suma, que o Decreto-lei 70/66 não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, por não permitir o exercício das garantias constitucionais da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e do juiz natural, uma vez que “o rito previsto neste famigerado De-

creto-lei permite a expropriação de um bem imóvel (geralmente o único patrimônio do mutuante) com base exclusivamente no valor da dívida (indicada e calculada de forma arbitrária pelo próprio agente financeiro) e não o valor do bem. E o faz de forma que ao devedor não caiba qualquer defesa para resguardar os seus direitos." (fl. 190, Doc. 10).

Cita doutrina e jurisprudência a respeito do procedimento de execução extrajudicial instituído pelo Decreto-lei 70/66 e afirma que "A execução extrajudicial é uma espécie de autotutela da pretensão executiva do credor; desrespeita o princípio do monopólio estatal da jurisdição; macula o princípio da inafastabilidade da apreciação judicial (CF, art. 5º, XXXV "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"); ofende o Princípio do Juiz Natural (CF, 5º, XXXVII, "não haverá juízo ou tribunal de exceção;"); viola o Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa (CF, 5º, LV, "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;"); deixa de assegurar ao devedor os meios e recursos necessários à defesa de seus bens (CF, 5º, LV, "aos litigantes, em processo judicial ou

administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;") e, o mais grave, acaba por ser privado dos seus bens sem o devido processo legal (CF, 5º, LIV, "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;"). " (fl. 194, Doc. 10)

Por fim, requer seja o Recurso Extraordinário provido para reformar a decisão recorrida e declarar que o procedimento de execução extrajudicial previsto no Decreto-Lei 70/66 não foi recepcionado pela Constituição Federal, bem como determinar a suspensão das medidas extrajudiciais praticadas pelo recorrido a fim de garantir e resguardar o objeto da ação até decisão de mérito.

Não foram apresentadas contrarrazões (fl. 216, Doc. 10).

O Tribunal de origem inadmitiu o Recurso extraordinário, aos argumentos de que a alegada ofensa a preceito constitucional somente se daria de modo indireto e reflexo, bem como que o acórdão recorrido está de acordo com a pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – Al 509.379 AgR /PR, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 04.10.2005, DJ 04.11.2005. (fls. 219/221, Doc. 10).

No Agravo de Instrumento, inicialmente autuado como AI 771.770, a parte agravante reitera a argumentação do Recurso Extraordinário a respeito da inconstitucionalidade do Decreto-Lei 70/66, o qual foi elaborado sob a égide de um regime político não democrático e contém resquícios do autoritarismo vigente à época, impossibilitando o devedor de exercer os direitos da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e do juiz natural, expressamente consagrados pela Constituição Federal de 1988.

Alega que a questão da constitucionalidade do procedimento extrajudicial previsto no Decreto-Lei 70/66 não está pacificada no âmbito desta SUPREMA CORTE. Cita como paradigma decisão proferida pelo Ministro MARCO AURÉLIO no AI 272.932/SP.

Por fim, requer o provimento do Agravo de Instrumento e a remessa do Recurso Extraordinário ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL para análise e deliberação.

Em julgamento datado de 4 de março de 2010, o Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL reconheceu a existência da repercussão geral da matéria fixando o Tema 249 em acórdão assim ementado:

“EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL. EXECUÇÃO EXTRA-

JUDICIAL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. RECEPÇÃO DO DECRETO-LEI Nº 70/66. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL.” (AI 771.770-RG, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, DJe de 26/03/2010)

Após o reconhecimento da repercussão geral da matéria pelo Plenário, o Agravo de instrumento foi reautuado, passando a prosseguir como RE 627.106-RG.

O eminente relator, Ministro DIAS TOFFOLI, deferiu a participação da Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança - ABECIP na condição de *amicus curiae* (Doc. 8).

Iniciada a votação em 18 de agosto de 2011, o eminente Ministro DIAS TOFFOLI apresentou seu voto negando seguimento ao Recurso Extraordinário, no que foi acompanhado pelo ilustre Ministro RICARDO LEWANDOWSKI. Divergiram e votaram pelo provimento do apelo extremo os eminentes Ministros LUIZ FUX, CÁRMEN LÚCIA, e AYRES BRITTO. Na ocasião, pediu vista o Ministro GILMAR MENDES.

É o que cumpria relatar.

Senhor Presidente, temos para exame, sob a sistemática da repercussão geral, recurso extraordinário em que se debate se o procedimento de execução extrajudicial estabele-

lecido pelo Decreto-Lei 70/66 (art. 29, parte final, e 31 a 38) foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Por oportuno, cito os referidos dispositivos legais:

“Art. 29. As hipotecas a que se referem os artigos 9º e 10 e seus incisos, quando não pagas no vencimento, poderão, à escolha do credor, ser objeto de execução na forma do Código de Processo Civil (artigos 298 e 301) ou deste decreto-lei (artigos 31 a 38).

Parágrafo único. A falta de pagamento do principal, no todo ou em parte, ou de qualquer parcela de juros, nas épocas próprias, bem como descumprimento das obrigações constantes do artigo 21, importará, automaticamente, salvo disposição diversa do contrato de hipoteca, em exigibilidade imediata de toda a dívida.

Art. 31. Vencida e não paga a dívida hipotecária, no todo ou em parte, o credor que houver preferido executá-la de acordo com este decreto-lei formalizará ao agente fiduciário a solicitação de execução da dívida, instruindo-a com os seguintes documentos:(Redação dada pela Lei nº 8.004, de 14.3.1990)

I - o título da dívida devidamente registrado; (Inciso incluído pela Lei nº 8.004, de 14.3.1990)

II - a indicação discriminada do valor das prestações e encar-

gos não pagos; (Inciso incluído pela Lei nº 8.004, de 14.3.1990)

III - o demonstrativo do saldo devedor discriminando as parcelas relativas a principal, juros, multa e outros encargos contratuais e legais; e (Inciso incluído pela Lei nº 8.004, de 14.3.1990)

IV - cópia dos avisos reclamando pagamento da dívida, expedidos segundo instruções regulamentares relativas ao SFH.

§ 1º Recebida a solicitação da execução da dívida, o agente fiduciário, nos dez dias subsequentes, promoverá a notificação do devedor, por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos, concedendo-lhe o prazo de vinte dias para a purgação da mora.(Redação dada pela Lei nº 8.004, de 14.3.1990)

§ 2º Quando o devedor se encontrar em lugar incerto ou não sabido, o oficial certificará o fato, cabendo, então, ao agente fiduciário promover a notificação por edital, publicado por três dias, pelo menos, em um dos jornais de maior circulação local, ou noutra de comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa diária. (Redação dada pela Lei nº 8.004, de 14.3.1990)

Art. 32. Não acudindo o devedor à purgação do débito, o agente fiduciário estará de pleno direito autorizado a publicar editais e a efetuar no decurso dos 15 (quinze) dias imediatos, o primeiro público leilão do imóvel hipotecado.

§ 1º Se, no primeiro público leilão, o maior lance obtido fôr

inferior ao saldo devedor no momento, acrescido das despesas constantes do artigo 33, mais as do anúncio e contratação da praça, será realizado o segundo público leilão, nos 15 (quinze) dias seguintes, no qual será aceito o maior lance apurado, ainda que inferior à soma das aludidas quantias.

§ 2º Se o maior lance do segundo público leilão fôr inferior àquela soma, serão pagas inicialmente as despesas componentes da mesma soma, e a diferença entregue ao credor, que poderá cobrar do devedor, por via executiva, o valor remanescente de seu crédito, sem nenhum direito de retenção ou indenização sobre o imóvel alienado.

§ 3º Se o lance de alienação do imóvel, em qualquer dos dois públicos leilões, fôr superior ao total das importâncias referidas no caput dêste artigo, a diferença afinal apurada será entregue ao devedor.

§ 4º A morte do devedor pessoa física, ou a falência, concordata ou dissolução do devedor pessoa jurídica, não impede a aplicação dêste artigo.

Art. 33. Compreende-se no montante do débito hipotecado, para os efeitos do artigo 32, a qualquer momento de sua execução, as demais obrigações contratuais vencidas, especialmente em relação à fazenda pública, federal, estadual ou municipal, e a prêmios de seguro, que serão pagos com preferência sobre o credor hipotecário.

Parágrafo único. Na hipótese do segundo público leilão não cobrir sequer as despesas do artigo supra, o credor nada receberá, permanecendo íntegra a responsabilidade de adquirente do imóvel por êste garantida, em relação aos créditos remanescentes da fazenda pública e das seguradoras.

Art. 34. É lícito ao devedor, a qualquer momento, até a assinatura do auto de arrematação, purgar o débito, totalizado de acordo com o artigo 33, e acrescido ainda dos seguintes encargos:

I - se a purgação se efetuar conforme o parágrafo primeiro do artigo 31, o débito será acrescido das penalidades previstas no contrato de hipoteca, até 10% (dez por cento) do valor do mesmo débito, e da remuneração do agente fiduciário;

II - daí em diante, o débito, para os efeitos de purgação, abrangerá ainda os juros de mora e a correção monetária incidente até o momento da purgação.

Art. 35. O agente fiduciário é autorizado, independentemente de mandato do credor ou do devedor, a receber as quantias que resultarem da purgação do débito ou do primeiro ou segundo públicos leilões, que deverá entregar ao credor ou ao devedor, conforme o caso, deduzidas de sua própria remuneração.

§ 1º A entrega em causa será feita até 5 (cinco) dias após o recebimento das quantias envolvidas, sob pena de cobran-

ça, contra o agente fiduciário, pela parte que tiver direito às quantias, por ação executiva.

§ 2º Os créditos previstos neste artigo, contra agente fiduciário, são privilegiados, em caso de falência ou concordata. Art. 36. Os públicos leilões regulados pelo artigo 32 serão anunciados e realizados, no que este decreto-lei não prever, de acordo com o que estabelecer o contrato de hipoteca, ou, quando se tratar do Sistema Financeiro da Habitação, o que o Conselho de Administração do Banco Nacional da Habitação estabelecer.

Parágrafo único. Considera-se não escrita a cláusula contratual que sob qualquer pretexto preveja condições que subtraiam ao devedor o conhecimento dos públicos leilões de imóvel hipotecado, ou que autorizem sua promoção e realização sem publicidade pelo menos igual à usualmente adotada pelos leiloeiros públicos em sua atividade corrente.

Art. 37. Uma vez efetivada a alienação do imóvel, de acordo com o artigo 32, será emitida a respectiva carta de arrematação, assinada pelo leiloeiro, pelo credor, pelo agente fiduciário, e por cinco pessoas físicas idôneas, absolutamente capazes, como testemunhas, documento que servirá como título para a transcrição no Registro Geral de Imóveis.

§ 1º O devedor, se estiver presente ao público leilão, deverá assinar a carta de arrematação que, em caso contrá-

rio, conterà necessariamente a constatação de sua ausência ou de sua recusa em subcrevê-la.

§ 2º Uma vez transcrita no Registro Geral de Imóveis a carta de arrematação, poderá o adquirente requerer ao Juízo competente imissão de posse no imóvel, que lhe será concedida liminarmente, após decorridas as 48 horas mencionadas no parágrafo terceiro deste artigo, sem prejuízo de se prosseguir no feito, em rito ordinário, para o debate das alegações que o devedor porventura aduzir em contestação.

§ 3º A concessão da medida liminar do parágrafo anterior só será negada se o devedor, citado, comprovar, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, que resgatou ou consignou judicialmente o valor de seu débito, antes da realização do primeiro ou do segundo público leilão.

Art. 38. No período que medear entre a transcrição da carta de arrematação no Registro Geral de Imóveis e a efetiva imissão do adquirente na posse do imóvel alienado em público leilão, o Juiz arbitrará uma taxa mensal de ocupação compatível com o rendimento que deveria proporcionar o investimento realizado na aquisição, cobrável por ação executiva."

O Tribunal de origem, com base no acervo fático-probatório constante dos autos, inclusive prova pericial, refutou

integralmente as teses da parte autora quanto às irregularidades contratuais e manteve a sentença de improcedência do pedido, reconhecendo a constitucionalidade do procedimento extrajudicial previsto no Decreto-lei 70 /66.

Cuida-se de matéria a respeito da qual há divergência na doutrina. Para alguns doutrinadores, como ADA PELLEGRINI GRINOVER<sup>1</sup> e AMILTON BUENO DE CARVALHO<sup>2</sup>, o procedimento executório extrajudicial estipulado pelo Decreto-Lei 70/66 não teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, por incompatibilidade com os comandos da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa.

Para outros autores, no entanto, o referido procedimento de execução extrajudicial teria sido recepcionado pela Carta Magna. É o caso da doutrina de Orlando Gomes, in verbis:

**“284. Execução extrajudicial de hipoteca.** Lei especial permitiu a execução de créditos hipotecários por via extra-ju-

dicial, introduzindo, ainda em caráter excepcional, uma inovação radical no sistema de sua cobrança até então subordinada aos cânones clássicos do processo civil. Outro diploma legal estabeleceu rito sumário para a ação de cobrança das dívidas hipotecárias vinculadas ao sistema financeiro de habitação, se fundada na falta de pagamento de prestações intercorrentes, tornando-a forma específica de execução dos respectivos créditos.

Na forma do primeiro desses documentos legislativos, o credor, que há de ser um agente fiduciário, pode escolher a forma de execução prevista no direito processual comum ou a via extrajudicial; mas, eleita a primeira, lhe não é dado abandoná-la a fim de utilizar a segunda, a menos que o devedor aquiesça. A recíproca não é, entretanto, verdadeira.

Optando pela via extrajudicial, o credor comunicará o seu propósito ao agente fiduciário, informando-o de que a hipoteca está vencida e não paga no todo ou em parte. Cumpre a este, nos seguintes 10 dias do recebimento da comunicação, notificar o devedor para vir purgar a mora dentro em 20 dias. Se ele não atende à notificação, o agente fiduciário tem direito a vender, em leilão público, o imóvel hipotecado, após o cumprimento de formalidades de menor porte, efetuando-a nos 15 dias imediatos ao anúncio por edital do primeiro leilão, ou no segundo.

Trata-se de forma simples, que

<sup>1</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Deformalização do processo e de formalização das controvérsias.

Revista de Processo - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 12, n. 46, abr/jun 1997, p. 77.

<sup>2</sup> CARVALHO, Amilton Bueno. Magistratura e Direito Alternativo, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

foi adotada por necessidades de ordem prática, encerrando, porém, alguns inconvenientes, o maior dos quais é a impossibilidade prática de defesa do devedor.

Objeta-se que a execução hipotecária por via extrajudicial atenta contra a Constituição, por excluir, da apreciação do Judiciário, a relação jurídica constitutiva da garantia real da dívida do adquirente de imóvel residencial. Realmente, toda e qualquer lesão a direito individual não pode ser subtraída dessa apreciação e consequente julgamento, mas o controle jurisdicional atribuído constitucionalmente ao Poder Judiciário não está infringido a disposição legal que assegura esse modo de execução da hipoteca. Diversos argumentos são invocados em favor da constitucionalidade das disposições assecuratórias da cobrança extrajudicial das dívidas vinculadas ao sistema financeiro de habitação, mas, em resumo, arguem-se principalmente o seguinte:

- 1) não se impede, nem se proíbe o acesso à via judicial;
- 2) se há lesão de direito no caso, quem a sofre é o credor por efeito do inadimplemento do devedor; e, é a ele credor, que a lei faculta a escolha da via extrajudicial;
- 3) ao devedor não é defeso buscar a via judicial em qualquer fase da execução extrajudicial, não estando excluída, por conseguinte a cognição pelo Poder Judiciário;
- 4) há exemplos na legislação nacional de execução ou co-

brança por via extrajudicial (no penhor, na alienação fiduciária em garantia, na falência) sem que jamais se houvesse arguido a inconstitucionalidade das disposições que as autorizam;

5) a própria lei (Decreto-Lei 70/66), prevê o controle jurisdicional (art. 37), ainda que a posteriori, exigindo carta de arrematação na venda por leiloeiro que, transcrita no registro de imóveis, possibilita ao adquirente imitir-se, através de concessão liminar, na posse do bem;

6) por último, responsabiliza o agente fiduciário que, mediante comprovada má-fé, alienar imóvel pela via extrajudicial”<sup>3</sup>

No entanto, Senhor Presidente, independentemente das divergências doutrinárias a respeito da matéria, a jurisprudência desta SUPREMA CORTE firmou-se no sentido de que o procedimento de execução extrajudicial previsto no Decreto-Lei 70/66 foi devidamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, conforme muito bem destacado pelo eminente Relator, Ministros DIAS TOFFOLI.

Em seu voto, o qual acompanho integralmente, o ilustre Ministro DIAS TOFOLLI cita diversos precedentes desta SU-

<sup>3</sup> Gomes, Orlando, 1909-1988. Direitos Reais / Orlando Gomes. - 21ª ed. rev. e atual. / por Luiz Edson Fachin. - Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 396.

PREMA CORTE<sup>4</sup> no sentido de que as normas ora impugnadas (artigo 29, parte final, e 31 a 38 do Decreto-Lei 70/66) foram devidamente recepcionadas pela Constituição Federal de 1988; e ressalta que muitos Tribunais pátrios, inclusive o Superior Tribunal de Justiça, adotaram o mesmo entendimento a respeito da matéria, considerando desarrazoada a mudança do entendimento jurisprudencial adotado após tantos anos de sua consolidação no âmbito do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Efetivamente, desde o clássico julgamento do RE 223.075/DF, relatado pelo ilustre Ministro ILMAR GALVÃO, em 6 de novembro de 1998, reconheceu-se a compatibilidade do procedimento de execução

extrajudicial pelo credor hipotecário previsto no Decreto-Lei 70/66 com a Constituição Federal de 1988. A propósito veja-se a ementa do referido julgado:

“EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. DECRETO-LEI Nº 70/66. CONSTITUCIONALIDADE. Compatibilidade do aludido diploma legal com a Carta da República, posto que, além de prever uma fase de controle judicial, conquanto a posteriori, da venda do imóvel objeto da garantia pelo agente fiduciário, não impede que eventual ilegalidade perpetrada no curso do procedimento seja reprimida, de logo, pelos meios processuais adequados. Recurso conhecido e provido” (RE 223.075/DF, Rel. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, DJ de 06/11/1998)

Verifica-se, portanto, que há mais de vinte anos esta SUPREMA CORTE descartou a alegada ofensa aos princípios constitucionais da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório pelo procedimento de execução extrajudicial previsto nos artigos 29, parte final, e 31 a 38 do Decreto-Lei 70/66, ora impugnados.

Destacou-se, no referido julgamento, que a apreciação da lide pelo Poder Judiciário e a defesa do executado não foram suprimidas, uma vez que há previsão expressa de controle judicial antes da perda da

<sup>4</sup> RE 223.075/DF, Rel. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, DJ de 06/11/1998; RE 287.453/RS, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, DJ de 26/10/01; AI 509.379/PR-AgR, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, DJ de 4/11/05; AI 514.565/PR-AgR, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, DJ de 24/2/06; AI 600.876/SP-AgR, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJ de 23/2/07; RE nº 408.224/SE-AgR, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, DJe de 31/8/07; AI 600.257/SP-AgR, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, DJe de 19/12/07; AI nº 678.256/SP-AgR, Rel. Min. CEZAR PELUSO, Segunda Turma, DJe de 26/3/10.

posse do imóvel pelo devedor, bem como nada obsta que eventual irregularidade perpetrada no curso do procedimento extrajudicial seja, desde logo, reprimida pelos meios processuais próprios.

Neste contexto, oportuno citar os ensinamentos do professor Daniel Amorim Assumpção Neves a respeito da superação jurisprudencial de acordo com o atual Código de Processo Civil:

“Essa superação, portanto, chamada de *overruling* no direito norte-americano, deve ser realizada com extremo cuidado, ponderação e o mais importante, raramente. Se o art. 926 do Novo CPC exige uma jurisprudência íntegra, coerente e estável, é natural se compreender que a superação do precedente deva ocorrer com parcimônia, em situações excepcionais. Se o sistema de precedentes e súmulas com eficácia vinculante não deve engessar o direito, por outro lado não existe sistema de precedentes e súmulas com eficácia vinculante sem segurança jurídica e estabilidade. 56.10.2. MOTIVOS PARA SUPERAÇÃO

Apesar de o art. 927, § 4º, do Novo CPC exigir que a fundamentação da superação considere os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia, não há no novo diploma legal qualquer regra a respeito das motivações que justificam a supe-

ração do entendimento sumulado ou consagrado em precedente obrigatório.

Registre-se que no art. 521, § 7º, do Projeto de lei de Novo CPC aprovado na Câmara havia expressa menção à superação diante de superveniente realidade econômica, política, econômica ou social ou de revogação ou modificação de norma em que se fundou a tese o precedente. Não obstante a inexistência de tal regra no Novo Código, parece incontestável que tais circunstâncias autorizam a superação do entendimento fixado em súmula ou precedente<sup>290</sup>.

Também parece ser tranquilo o entendimento de que o precedente ou súmula podem ser superados diante de mudança legislativa que com suas razões conflite<sup>291</sup>.<sup>5</sup> (grifo nosso)

Embora se refira especificamente a precedentes vinculantes, o que não é o caso do paradigma adotado na solução do presente recurso, entendo que tal entendimento deve ser adotado para superação de qualquer entendimento jurisprudencial já consolidado e reiterado ao longo do tempo por Esta SUPREMA CORTE.

É certo que a jurisprudência não deve se tornar rígida e engessada, devendo adequar-se ao contexto normativo e social em que se insere. No en-

<sup>5</sup> Neves, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – Volume único – 8. ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 2360/2361.

tanto, tampouco pode ser alterada sem uma forte razão que a justifique, sob pena de ferir diretamente a segurança jurídica, a confiança e estabilidade da própria jurisdição.

Assim, como muito bem destacado pelo referido doutrinador, para a superação de precedentes faz-se necessário alteração superveniente da realidade econômica, política, ou social, ou, ainda, revogação ou modificação da norma em que se fundou a jurisprudência a ser superada.

Ora, Senhor Presidente, na hipótese dos autos, debatemos se foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988 dispositivos do Decreto-Lei 70, de 21 de novembro de 1966, cuja última alteração foi dada pela Lei 8.004, de 14 de março de 1990.

Assim, considerando que a questão já se encontrava pacificada no âmbito desta SUPREMA CORTE deste 1998, conforme julgado citado alhures, e que não ocorreram alterações nos dispositivos constitucionais ora em debate e tampouco na legislação impugnada (artigos 29, parte final, e 31 a 38 do Decreto-Lei 70/66), bem assim mantém-se o mesmo contexto socioeconômico que envolve o procedimento de execução extrajudicial, entendo que a orientação desta SUPREMA CORTE, há muito já existente a respeito da matéria, deve ser

mantida, sob pena de afronta à segurança jurídica, colocando em risco a estabilidade do Sistema Financeiro de Habitação - SFH.

Além disso, não há que se falar em ofensa aos princípios constitucionais da inafastabilidade da jurisdição, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório pelo procedimento de execução extrajudicial previsto nos artigos 29, parte final, e 31 a 38 do Decreto-Lei 70/66, ora impugnados, uma vez que, como já dito anteriormente, a qualquer tempo a parte que se sentir lesada pode recorrer ao poder judiciário na defesa de seus direitos, como ocorreu na presente hipótese, em que o juízo de origem inicialmente concedeu, em parte, a antecipação da tutela pleiteada pela ora recorrente e, apenas após exaustiva análise das alegações e provas constantes dos autos, inclusive prova pericial, proferiu julgamento de mérito afastando as irregularidades apontadas pela parte autora e reconhecendo a regularidade do procedimento impugnado.

Por todo exposto, com as devidas vênias aos ilustres Ministros que se manifestaram em sentido contrário, acompanho o voto do emitente relator, Ministro DIAS TOFFOLI, e nego provimento ao recurso extraordinário, reafirmando a jurisprudência desta SUPREMA CORTE

no sentido de que o procedimento de execução extrajudicial previsto nos artigos 29, parte final, e 31 a 38 do Decreto-Lei 70/66, foi devidamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Adiro à tese proposta pelo Ilustre Ministro Relator.

É o voto.

### VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A recorrente insurgese contra acórdão mediante o qual a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região proclamou recepcionado, pela Constituição Federal de 1988, o Decreto-Lei nº 70/1966. Eis a ementa:

“ F I N A N C I A M E N T O  
HABITACIONAL. REVISÃO  
CONTRATUAL. CONJUNTO  
PROBATÓRIO. SISTEMA DE  
AMORTIZAÇÃO. EXECUÇÃO  
EXTRAJUDICIAL. IRREGULARI-  
DADES. NÃO COMPROVADAS.  
ÔNUS SUCUMBENCIAIS. 1. Inovações recursais. Recuso nãoconhecido em parte. 2. Conjunto probatório frágil e inconsistente quanto às teses, arroladas pela parte demandante, na petição recursal. 3. Não-demonstrada prática abusiva em relação ao sistema de amortização que foi adotado, às taxas de juros e aos indexadores do saldo devedor. 4. Não-verificada irregularidade em relação ao processo de execução extrajudicial, recepcionado

pelo ordenamento constitucional. Inteligência do Decreto-Lei nº 70, de 21/11/1966. 5. Mantida condenação em ônus sucumbenciais, fixada na forma do contido no art. 20 do Código de Processo Civil.” (fl. 375.)

O Relator, ministro Dias Toffoli, votou pelo desproviamento do recurso extraordinário, fazendo ver a higidez das disposições do Decreto-Lei nº 70/1966 a versarem execução extrajudicial.

Divirjo. Faça-o forte no que exteriorizei no julgamento, em Sessão Plenária, do recurso extraordinário nº 556.520, de minha relatoria. Concluí no sentido da ilegitimidade da execução privada contemplada no preceito questionado, em atenção ao primado da Justiça, reconhecendo a não recepção:

[...]

O Decreto-Lei nº 70, de 21 de novembro de 1966, foi editado com base na norma inserta no artigo 31, parágrafo único, do Ato Institucional nº 23, de 20 de outubro de 1966. Potencializou-se certa política de habitação, consignando-se, no artigo 29, a possibilidade de, nas hipotecas, uma vez verificada a falta de pagamento de prestações, o credor vir a escolher entre a execução prevista no Código de Processo Civil, artigos 298 e 301, ou a execução direta, sem o crivo do Judiciário, disciplinada pe-

los artigos 31 a 38 do citado decreto-lei. Em suma, deu-se ao credor a faculdade tanto de executar a dívida garantida por hipoteca na forma linear do então Código de Processo Civil, quando, contestada a ação, ter-se-ia o rito ordinário – artigo 301 do Código de 1939 –, quanto a de, sem receio da incidência do disposto no artigo 345 do Código Penal, vir a fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer a pretensão estampada na hipoteca e, portanto, de início, legítima. Evidentemente, tornou-se letra morta a previsão de adentrar-se o Judiciário mediante a execução forçada, então disciplinada nos artigos 298 e 301 do Código de Processo Civil. Nem mesmo o mais ingênuo devedor poderia pressupor que, contando com poder incomensurável, de execução direta, atribuído no artigo 29, viria algum credor hipotecário, beneficiário do Decreto-Lei nº 70/66, a preferir o processo normal de execução. A pergunta que se faz é única a previsão excepcional e, diria mesmo, extravagante do Decreto-Lei nº 70/66 – no que fez rememorar-se, na dicção de Araken de Assis, a fase mais primitiva do Direito Romano, quando ao credor era assegurado apossar-se da pessoa do devedor – coaduna-se com a Carta de 1988? Muitas são as causas do inadimplemento daqueles que adquirem a residência própria, estando várias na ambiguidade dos diversos planos econômicos que foram implantados nesses últimos vinte e cinco anos, isso considerada a atualização das

prestações. O princípio da razoabilidade é conducente a concluir-se que ninguém deixa de pagar prestação do próprio teto e da respectiva família sem uma causa ponderável. De qualquer modo, nem mesmo a relapsia seria suficiente a chegarse à execução privada contemplada, em relação a certa casta de credores, no Decreto-Lei nº 70, de 21 de novembro de 1966, como se a regra constitucional que impossibilita seja alguém privado da liberdade ou de seus bens sem um devido processo legal – inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal – não fosse aplicada a todos, indistintamente, pouco importando a natureza do contrato gerador da aquisição do bem. Sim, por mandamento constitucional, a perda de um bem há de respeitar o devido processo legal e, aí, conjugando-se regras, tomando-se de empréstimo o sistema da Carta de 1988, revelador da existência de um Estado Democrático de Direito, a noção inerente ao devido processo remete, necessariamente – já que ninguém pode fazer justiça pelas próprias mãos –, ao Judiciário. Atente-se para a melhor doutrina e, em especial, para as lições, sempre oportunas, de Ada Pellegrini Grinover, no que se debruçou sobre o Decreto-Lei nº 70/66 e a Lei nº 5.741/71. Eis como equacionou o tema:

Referidos diplomas legais permitem que a execução das operações ligadas aos mútuos para aquisição de

casa própria se faça mediante procedimento administrativo sumário, instaurado por simples solicitação do credor ao agente fiduciário, sem possibilidade de defesa, sem contraditório, sem fase de conhecimento, ainda que incidental (...) o agente fiduciário pode ser o próprio credor (...) Nessa hipótese, concentram-se nas mãos da mesma entidade a legitimação para a execução e à competência legal para os atos executivos (...) o controle jurisdicional é insuficiente porquanto a lide se circunscreve tão-só à verificação do preenchimento das formalidades legais, ficando a matéria restrita ao âmbito augusto da discussão sobre a posse (...) A verdade é que a malsinada execução extrajudicial consagra uma forma de autotutela, repudiada pelo Estado de Direito (...) infringe o princípio constitucional da inafastabilidade da apreciação judiciária e fere os institutos da unidade da jurisdição e da atribuição da função jurisdicional ao juiz constitucional; além de violar os postulados que garantem o direito de defesa, o contraditório, a produção das próprias razões, sem os quais não pode caracterizar-se o devido processo legal (Novas Tendências do Direito Processual de acordo com a Constituição de 1988, Rio de Janeiro, Forense, 1990, página

200).

Também Luiz Guilherme Marinoni revela o descompasso do Decreto-Lei nº 70/66 com os novos ares constitucionais, salientando que, segundo a norma extravagante, "somente é possível o pedido de purgação de mora, sendo inviável o exercício da defesa, já que purgar, como é cediço, não é defender..." E, então, ressalta:

Não cabe, evidentemente, o argumento de que o devedor, após o leilão, pode levar ao Poder Judiciário suas eventuais objeções (...) a própria Constituição veda ao legislador processual construir um procedimento que só permita a cognição das objeções, através de ação inversa, após o leilão do bem dado em garantia (Efetividade do processo e tutela de urgência, Porto Alegre, Editora Sérgio Antonio Fabris, 1994, página 71).

No mesmo sentido, concluiu o Defensor Público do Rio de Janeiro Paulo Cesar Ribeiro Galiez, em artigo publicado sob o título "A Farsa Jurídica e a Inconstitucionalidade da Execução Extrajudicial no Sistema Financeiro da Habitação" – Revista de Direito da Defensoria Pública nº 8, página 215. Após ressaltar que o Decreto-Lei nº 70/66 e a Lei nº 5.741/71 foram editados durante a "ditadura militar empresarial" que dominara o País no período de 1964 a 1985, o autor disse da inversão da ordem na-

tural das coisas, no que prevista, em primeiro lugar, a arrematação do imóvel, para que, somente após, tendo em conta a imissão de posse, adentre o credor o Judiciário. O tema não é inusitado no âmbito do Judiciário, haja vista a circunstância de um órgão especial do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul haver concluído pela inconstitucionalidade dos artigos 29, cabeça, 30, parte final, e 31 a 38 do Decreto-Lei nº 70/66, sendo que o Tribunal de Alçada Cível editou o Verbete de Súmula nº 39, no sentido de que “são inconstitucionais os artigos 30, parte final, e 31 a 38 do Decreto-Lei 70, de 21 de novembro de 1966”. Frise-se, mais uma vez, a exceção contemplada no citado decreto e contrária a um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Com este é incompatível a perda de bem sem um devido processo legal. Ora, como já referido, consideradas lições doutrinárias, não se pode ter como observado o devido processo legal, embora administrativo, quando a norma de regência revela a única possibilidade com a qual passa a contar uma das partes, ou seja, de purgar a mora, não cabendo discussão outra, própria ao processo de conhecimento, como é a agasalhada pela execução de título extrajudicial, uma vez ocorrida a impugnação pelo devedor. Segundo as normas do decreto, inexistindo a purgação da mora, passa o credor a estar “de pleno direito autorizado a publi-

car editais e a efetuar, no decurso dos 15 (quinze) dias imediatos, o primeiro público leilão do imóvel hipotecado” (artigo 32), seguindo-se, sob clima da mais absoluta automaticidade, providências que acabam por alcançar o direito de propriedade, perdendo o devedor, sem possibilidade de defender-se, o bem que, até então, integrava-lhe o patrimônio. Realmente, à luz do famigerado Decreto-Lei nº 70/66, somente cabe adentrar ao Judiciário para discutir aspectos formais, ficando jungida a posse não à arrematação e ao registro da carta respectiva no cartório de imóveis, mas a requerimento judicial.

Está-se diante de regência, sob todos os ângulos, incompatível com a Constituição Federal, no que assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, e vincula a perda de bem ao devido processo legal. O Decreto-Lei nº 70/66 é resquício do autoritarismo da época; do esvaziamento do Judiciário como uma garantia do cidadão; do tratamento diferenciado, a beneficiar, justamente, a parte mais forte na relação jurídica, ou seja, a parte credora.

Entendo que o Decreto-Lei nº 70/66, na parte viabilizadora da execução privada – segunda parte do artigo 29 e artigos 31 a 38 -, não foi recepcionado pela Carta da República.

[...]

Provejo o recurso extraordinário, para, reformando o acórdão impugnado, assentar a ilegitimidade da execução extrajudicial de imóvel objeto de dívida hipotecária, considerado o Decreto-Lei nº 70/1966.

Vencedor o enfoque, eis a tese: “O Decreto-Lei nº 70/1966, no que viabilizada a execução privada – segunda parte do artigo 29, artigos 31 a 38 –, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.”

### EXTRATO DE ATA

**Decisão:** Após os votos dos Senhores Ministros Dias Toffoli (Relator) e Ricardo Lewandowski, negando provimento ao recurso extraordinário, e os votos dos Senhores Ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia e Ayres Britto, provendo-o, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pela recorrida, o Dr. Natanel Lobão Cruz e, pela interessada, o Professor Arruda Alvim. Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 18.08.2011.

**Decisão:** O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 249 da repercussão geral, negou provimento ao recurso extraordinário e fixou a seguinte tese: “É constitucional, pois foi devidamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, o procedimento de execução extrajudicial, previsto no Decreto-lei nº 70/66”, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Luiz Fux (Presidente), Cármen Lúcia, Ayres Britto, Edson Fachin e Marco Aurélio. Não votou o Ministro Roberto Barroso, sucessor do Ministro Ayres Britto. Plenário, Sessão Virtual de 26.3.2021 a 7.4.2021.

Composição: Ministros Luiz Fux (Presidente), Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Dias Toffoli, Rosa Weber, Roberto Barroso, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Nunes Marques.

Carmen Lilian Oliveira de Souza, Assessora-Chefe do Plenário.



# Superior Tribunal de Justiça

**Quebra de sigilo bancário. Instituição financeira. Auditoria interna. Comunicação ao Ministério Público. Legalidade.<sup>1</sup>**

## EMENTA OFICIAL

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. PECULATO. ALEGADA QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL NÃO OCORRENTE. COMUNICAÇÃO E ENVIO DE DADOS PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA AO MINISTÉRIO PÚBLICO, RELATIVOS À CONDUTA DE FUNCIONÁRIO PASSÍVEL DE SER CARACTERIZADA COMO CRIME. PREVISÃO CONTIDA NO ART. 1.º, § 3.º, INCISO IV, DA LEI COMPLEMENTAR N. 105/2001. PRECEDENTES. PLEITOS PELA ABSOLVIÇÃO ANTE AUSÊNCIA DE PROVAS, RECONHECIMENTO DA ATIPICIDADE DA CONDUTA OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA PECULATO POR ERRO DE OUTREM (ART. 313 DO CP). INVERSÃO DO JULGADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PENA-BASE. EXACERBAÇÃO EM FUNÇÃO DO DESVALOR ATRIBUÍDO ÀS CONSEQUÊNCIAS DO DELITO, ANTE O ELEVADO MONTANTE

DO PREJUÍZO CAUSADO PELAS CONDUTAS DO AGENTE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. CONTINUIDADE DELITIVA. PRÁTICA DE MAIS DE 7 AÇÕES. FRAÇÃO ADEQUADA: 2/3 (DOIS TERÇOS). PRECEDENTES. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ACÓRDÃO PARADIGMA PROFERIDO EM *HABEAS CORPUS*. DESCABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Nos termos do inciso IV do § 3.º do art. 1.º da Lei Complementar n. 105/2001, não há falar em quebra de sigilo bancário nas hipóteses, tais como a presente, em que a instituição financeira, verificada por meio de procedimento interno a prática de conduta dos respectivos funcionários passível de ser tipificada como crime, comunica o fato à autoridade competente – no caso, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios –, encaminhando também a documentação pertinente.

2. A Corte de origem concluiu que, na hipótese estão presentes todos os elementos

<sup>1</sup> Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2003814&num\\_registro=202001264329&data=20210607&peticao\\_numero=202000920225&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2003814&num_registro=202001264329&data=20210607&peticao_numero=202000920225&formato=PDF)>.

necessários à tipificação da conduta do Acusado no crime previsto no art. 312, § 1.º, c.c. o art. 327, § 2.º, do Código Penal. Portanto, a inversão do julgado, de maneira a fazer prevalecer o pleito absolutório, por suposta ausência de esteio probante ou pela pretensa atipicidade, demandaria revolvimento das provas e fatos que instruem o caderno processual, desiderato esse incabível na via estreita do recurso especial, a teor da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

3. O Tribunal *a quo*, examinando o material probante acostado aos autos, afastou a tese de que o peculato teria sido cometido mediante erro de outrem, porquanto verificou que a conduta do Réu foi praticada conscientemente, aproveitando-se da confiança que gozava tanto da instituição financeira onde trabalhava quanto dos colegas de labor, e, por via de consequência, entendeu caracterizada a figura típica preconizada no art. 312 do Código Penal. Nesse diapasão, a modificação dessa conclusão, a fim de fazer prevalecer a tese relativa à desclassificação para o delito previsto no art. 313 do Estatuto Repressor também encontra óbice na Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

4. O expressivo montante do prejuízo – no caso, R\$ 1.599.498,33

–, justifica a exasperação da pena-base pela atribuição de valoração negativa ao vetorial consequências do crime.

5. A propósito do patamar de exasperação da pena pelo reconhecimento de crime continuado, esta Corte Superior de Justiça entende que se aplica a fração de aumento de 1/6 (um sexto) pela prática de 2 infrações; 1/5 (um quinto) para 3 infrações; 1/4 (um quarto) para 4 infrações; 1/3 (um terço) para 5 infrações; 1/2 (metade) para 6 infrações e 2/3 (dois terços) para 7 ou mais infrações. Portanto, o entendimento adotado pela Corte *a quo* não desdoa do citado entendimento, na medida em que, cometidos mais de 7 delitos no período entre maio de 2009 e abril de 2011, tal como consignado na sentença condenatória, a fração adequada é 2/3 (dois terços).

6. No que diz respeito ao pretensão dissenso pretoriano com lastro no aresto proferido quando do julgamento do HC n. 349.945/PE, da relatoria do Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, segundo a pacífica jurisprudência desta Corte, o "*acórdão proferido em habeas corpus, por não guardar o mesmo objeto/natureza e a mesma extensão material almejados no recurso especial, não serve para fins de comprovação de divergência jurisprudencial, ainda que se trate de dissídio*

notório" (AgRg no AREsp 1.141.562/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe de 11/09/2018).

7. Agravo regimental desprovido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior negando provimento ao agravo regimental, sendo acompanhado pelos Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Antonio Salda-nha Palheiro, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (voto-vista), Rogerio Schietti Cruz e Antonio Salda-nha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 23 de março de 2021 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ, Relatora.

AgRg no REsp 1.876.728 - DF. DJe 07/06/2021.

## RELATÓRIO

### A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de agravo regimental interposto por JORGE TIO-

MATSU TAKAESU contra decisão de minha lavra, por meio da qual o respectivo recurso especial foi parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido, nos termos da seguinte ementa (fl. 1.034):

*"RECURSO ESPECIAL. PENAL. PECULATO. ALEGADA QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. INEXISTENTE. COMUNICAÇÃO E ENVIO DE DADOS PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA AO MINISTÉRIO PÚBLICO, RELATIVOS À CONDUTA DE FUNCIONÁRIO PASSÍVEL E SER CARACTERIZADA COMO CRIME. PREVISÃO CONTIDA NO ART. 1.º, § 3.º, INCISO IV, DA LEI COMPLEMENTAR N.º 105/2001. PRECEDENTES. PLEITOS PELA ABSOLVIÇÃO ANTE AUSÊNCIA DE PROVAS, RECONHECIMENTO DA ATIPICIDADE DA CONDUTA OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA PECULATO POR ERRO DE OUTREM (ART. 313 DO CP). INVERSÃO DO JULGADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PENA-BASE. EXACERBAÇÃO EM FUNÇÃO DO DESVALOR ATRIBUÍDO ÀS CONSEQUÊNCIAS DO DELITO, ANTE O ELEVADO MONTANTE DO PREJUÍZO CAUSADO PELAS CONDUTAS DO AGENTE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. CONTINUIDADE DELITIVA. PRÁTICA DE MAIS DE 7 AÇÕES. FRAÇÃO ADEQUADA: 2/3 (DOIS TERÇOS). PRECEDENTES. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ACÓRDÃO PARADIGMA PROFERIDO EM HABEAS CORPUS. DESCABI-*

*MENTO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO.”*

Apresenta a Defesa, nas razões do regimental, as seguintes insurgências:

a) as provas utilizadas para deflagrar a ação penal e, posteriormente, sustentar a condenação são nulas, porquanto foram obtidas por meio de quebra de sigilo bancário do Agravante e familiares sem a existência de prévia e imprescindível autorização judicial;

b) o encaminhamento de dados – obtidos durante procedimento administrativo interno – levado a efeito na instituição financeira não se trata de mera transferência de informações e, portanto, aqueles não poderiam ter sido enviados ao Ministério Público sem a mencionada autorização do Poder Judiciário, ainda que se tratasse de conduta passível de ser tipificada como crime;

c) defende que os precedentes citados na decisão monocrática para concluir que o acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não se coadunam com a hipótese dos autos, na medida em que não se está a discutir a possibilidade de mera transferência de informações sobre prática criminosa, mas, sim, de quebra de sigilo bancário sem a devida e prévia autorização judicial;

d) o dissídio pretoriano foi devidamente demonstrado com lastro no acórdão proferido quando do julgamento do HC n. 349.345/PE, devendo ser superada a jurisprudência que não admite os arestos proferidos em *habeas corpus* para esse fim;

e) pugna pela absolvição do Agravante, porquanto não foram apresentadas provas aptas e idôneas a amparar o édito condenatório com a certeza necessária a tal desiderato, pois o lastro probatório acostado aos autos tem origem ilícita;

f) a conduta atribuída ao Acusado é atípica, na medida em que não foram comprovadas todas as elementares necessárias à tipificação da conduta ao previsto no § 1.º do art. 312 do Código Penal;

g) subsidiariamente, pretende que os atos imputados ao Réu devem ser desclassificados para peculato mediante erro de outrem (art. 313 do CP);

h) a pena-base foi majorada sem fundamentação adequada, pois o montante do suposto prejuízo causado pela empreitada criminosa não pode servir de alicerce para valorar negativamente as consequências do delito em razão de evidente *bis in idem*;

i) não é possível considerar o patamar máximo da continuidade delitiva (2/3) para aumento das sanções, considerando-se que foi imputado ao Agra-

vante o cometimento de apenas 3 delitos e, portanto, é de rigor a redução à fração mínima (1/5);

j) é inaplicável à espécie a Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça, pois toda a matéria veiculada nas razões do apelo nobre é eminentemente de direito e, portanto, a solução da lide não demanda nova incursão no acervo fático-probatório acostado aos autos.

É o relatório.

### VOTO

#### **A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):**

Consta dos autos que o Juízo de primeiro grau condenou o Agravante às penas de 7 (sete) anos, 9 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 66 (sessenta e seis) dias-multa, no mínimo legal, como incurso no art. 312, § 1.º, c.c. o art. 327, § 2.º, na forma do art. 71, todos do Código Penal. Foi estabelecido, a título de indenização à instituição financeira (Banco do Brasil), o valor de R\$ 1.599.498,33 (um milhão, quinhentos e noventa e nove mil, quatrocentos e noventa e oito reais e trinta e três centavos) (fls. 525-534).

Irresignada, a Defesa interpôs apelação, à qual a Corte de origem deu parcial provimento para afastar a valoração negativa da culpabilidade e redimensionar as reprimendas aos

patamares de 5 (cinco) anos, 2 (dois) meses e 6 (seis) dias de reclusão, e pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa (fls. 738-779).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 804-826).

Sustenta a Defesa, nas razões do apelo nobre, além da existência de dissídio pretoriano, contrariedade aos arts. 157, 573, § 1.º, e 386, incisos III, V e VII, do Código de Processo Penal; aos arts. 59 e 71 do Código Penal; bem como ao art 1.º, §§ 3.º e 4.º, da Lei Complementar n. 105/2001.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 989-995). O recurso especial foi admitido (fls. 1.009-1.011).

O Ministério Público Federal apresentou parecer, opinando pelo não conhecimento e, caso conhecido, pelo desprovimento do apelo nobre (fls. 1.023-1.032).

Por meio da decisão de fls. 1.034-1.046, o recurso especial foi parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.

Daí a interposição do presente agravo regimental (fls. 1.049-1.080).

Feito esse breve esboço histórico, passo ao exame da controvérsia.

No tocante à alegada nulidade em razão de as provas que embasaram a condenação terem sido oriundas de suposta quebra de sigilo bancário

sem a devida e prévia autorização judicial, o acórdão recorrido, na parte que interessa, está calcado nas seguintes razões de decidir (fls. 749-757; sem grifos no original):

*“a) Da suposta ilegalidade da prova obtida por quebra de sigilo bancário Inicialmente, verifica-se a fundamentação da Magistrada do conhecimento para afastar a preliminar:*

*(...) Saliento, por oportuno, que o **Banco do Brasil não violou regras de sigilo bancário**, uma vez que **se limitou a conferir as operações bancárias e pagamentos suspeitos efetuados com o log e a senha do réu. São informações de segurança da área bancária e que não estão protegidas pelas regras do sigilo bancário.***  
*(...) (Grifo nosso.)*

*Em que pese a discussão havida por ocasião de operações bancárias e ou tributárias, a Lei Complementar n° 105/2001 dispõe sobre o sigilo das operações bancárias, ao passo que o Código Tributário Nacional versa sobre o sigilo fiscal.*

*A referida **lei complementar n° 105/2001, em seu artigo 1°, §3°, inciso IV**, informa que:*  
*[...]*

*A lei ressalva, no entanto, que **não constitui violação ao sigilo bancário a prestação de informações, nos moldes fixados nos artigos 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7° e 9° da lei complementar (art. 1°, § 3°).***

*Dessa forma, percebe-se que **é incontestável a possibilidade de transferência de informações pelas instituições financeiras diretamente ao Ministério Público, na forma do artigo 1°, §3°, inciso IV, da Lei Complementar n° 105/2001, nesta hipótese, observadas as limitações estabelecidas pela Corte Suprema. Lado outro, não há que se falar, como visto, quebra de sigilo, em situações excepcionais em que a sociedade mercantil seja vítima de ilícito, mas apenas transferência de dados necessários à persecução penal proposta pelo Ministério Público, que detém a competência legal para requisitar diligências investigatórias, nos termos do artigo 129, inciso VIII, da Constituição Federal e dos artigos 7° e 8° da Lei Complementar n° 75/1993.***

*Sobre a matéria de interesse público, cujo intuito é tornar as prestações de contas cada vez mais transparentes, corolário dos princípios da publicidade e da moralidade, tenho que não há empecilho no fornecimento de dados ao Ministério Público no caso específico de ilícito penal, cujo objetivo foi o de subsidiar a persecução penal, mostrando-se prescindível, portanto, a autorização judicial. Nesse sentido:*

*[...]*  
*Nesse caso, **os dados devem ser fornecidos pelo Banco do Brasil S/A à autoridade administrativa. De modo***

**que não há óbice, por sua natureza jurídica, em se tratando de sociedade de economia mista, com aporte de recursos públicos, caso constate o cometimento de crime e do prejuízo causado por funcionário público do seu próprio quadro de pessoal, comunique o fato ao Ministério Público, fornecendo os elementos necessários para a investigação e posterior persecução penal. Em outras palavras, não há que se falar em quebra de sigilo nessa hipótese.**

**Os esclarecimentos do Banco do Brasil auxiliaram apenas na constatação da exata quantia subtraída pelo funcionário. Todavia, a existência do ilícito já era conhecida em virtude da auditoria interna realizada pela empresa, vítima. Portanto, as informações bancárias foram essenciais para a apuração direta do ilícito administrativo e, também, do criminal, como será visto em seguida.**

Na espécie, o **Banco do Brasil ressarciu os clientes lesados e arcou com o respectivo prejuízo, no montante de R\$ 1.599.498,33** (um milhão quinhentos e noventa e nove mil quatrocentos e noventa e oito reais e trinta e três centavos).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é rica em precedentes que nunca deixaram de entender o sigilo bancário como um direito individual não absoluto, podendo ser quebrado ante um interesse público. É evidente a relatividade do si-

gilo bancário e que, quando confrontado com outro direito fundamental, deve ser sopesada perante este para uma efetiva prestação jurisdicional. In casu, o interesse público advindo da necessidade de transparência e da persecução penal suplanta o interesse particular do réu, causador do dano ao patrimônio da sociedade de economia pública, a qual deve realizar a prestação de contas ao Tribunal de Contas da União. Ainda que se diga que o dinheiro foi desviado das contas de pessoas físicas, há que se entender que posteriormente o Banco do Brasil teve a obrigação de reparar o dano causado aos correntistas, assim, prevalece o dever do Estado, por interesse da coletividade, em investigar de maneira ampla, irrestrita e transparente o responsável por tais desvios.

[...]

Diante do exposto, rejeito a preliminar suscitada.”

Como se vê, o entendimento adotado pela Corte de origem está em harmonia com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, fixada no sentido de que, nos termos do inciso IV do § 3.º do art. 1.º da Lei Complementar n. 105/2001, não há falar em quebra de sigilo bancário nas hipóteses, tais como a presente, em que a instituição financeira, verificada por meio de procedimento interno a prática de conduta dos respectivos funcionários passível de ser tipificada como cri-

me, comunica o fato à autoridade competente – no caso, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios –, encaminhando também a documentação pertinente.

Nesse sentido:

*“AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. GESTÃO FRAUDULENTE DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. APROPRIAÇÃO DE DINHEIRO, TÍTULO, VALOR OU QUALQUER BEM MÓVEL DE QUE SE TEM A POSSE EM PROVEITO PRÓPRIO OU ALHEIO. ARTS. 4º E 5º DA LEI N. 7.492/1986. PODERES DE GERÊNCIA. EXISTÊNCIA. ART. 619 DO CPP. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. ART. 59 DO CP. DOSIMETRIA. ADEQUAÇÃO LEGAL. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. NÃO OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA. ART. 71 DO CP. CONTINUIDADE DELITIVA NÃO CARACTERIZADA. ACÓRDÃO A QUO COM ADEQUADA FUNDAMENTAÇÃO. PRETENSÃO DE REEXAME DE PROVA. SÚMULA 71STJ. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.*

[...]

*2. Inexiste a suposta quebra do sigilo bancário porque a instituição financeira, como vítima da infração penal praticada por funcionários, limitou-se a comunicar às autoridades competentes a prática delituosa.*

[...]

*9. Agravo regimental improvido.” (AgRg no AREsp 608.*

*646/ES, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 20/10/2015, DJe 10/11/2015)*

*“HABEAS CORPUS. CRIME DE PECULATO (ART. 312, § 1º, C/C OS ARTS. 71 E 327, § 1º, TODOS DO CP). ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO ACÓRDÃO DA APELAÇÃO POR SANAR OMISSÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA NO TOCANTE À FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. ALEGAÇÃO DE ILICITUDE DA PROVA OBTIDA MEDIANTE VIOLAÇÃO DE SIGILO BANCÁRIO, SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL.*

[...]

*2. Inexistência da alegada quebra do sigilo bancário. Instituição financeira que, como vítima da infração penal praticada por funcionários, limitou-se a comunicar às autoridades competentes a prática delituosa, nos termos do art. 1º, § 3º, IV, da LC n. 105/2001.*

[...]

*4. Ordem denegada.” (HC 146.303/PE, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 01/08/2012.)*

Nesse mesmo entendimento, as seguintes decisões monocráticas: REsp 1.848.154/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe de 01/07/2020; AREsp 724.858/ES, Rel. Ministro JOEL ILAN PARCIONIK, DJe 16/02/2018; REsp 1.519.236/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJe 07/12/2017; e REsp 1.508.297/RS; Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe 23/10/2015.

No que concerne ao pleito absolutório ante a pretensa ausência de provas para a condenação e também porque deveria ser reconhecida a atipicidade da conduta, o Tribunal a quo assim se pronunciou (fls. 760-765; sem grifos no original):

*“a) Da materialidade e da autoria*

***A materialidade do crime está demonstrada pelos seguintes documentos: Portaria (fls. 2g/3); Notícia Crime do Banco do Brasil (fls. 4/13); Processo de Auditoria do Banco do Brasil (mídia de fl. 47); Cópia do processo (fls. 58/152) e prova oral coligida dos autos, inclusive com a audiência de instrução gravada em mídia de fls. 374.***

*As testemunhas prestaram as seguintes declarações em Juízo, consoante as transcrições da r. sentença monocrática:*

[...]

*O detalhado relatório de auditoria realizado pelo Banco do Brasil confirma pela oitiva das testemunhas incumbidos do processo de auditoria Vera dos Santos Gomes e Jorge Edegar, os quais reafirmaram em Juízo que tudo o que foi levantado restou consubstanciado no referido documento, demonstrando a responsabilidade do réu pelos fatos que ensejaram o processo disciplinar.*

***O réu deixou de apresentar qualquer argumento plau-***

***sível para justificar ou demonstrar de algum modo porque realizou o pagamento de títulos bancários em seu nome e em nome de seus familiares e amigos. A simples alegação sem qualquer suporte nas provas coligidas não se mostra suficiente para amparar a alegação de que Jorge teria emprestado dinheiro a alguns de seus clientes. O que não foi comprovado nos autos.***

*A prática do uso das senhas pessoais de outros funcionários foi mencionada por Vera, Jorge Edegar e Geraldo Moreira como algo que ocorria na agência, ato que apesar de proibido pelo Banco tornou-se uma prática comum e veio a facilitar os ilícitos praticados pelo réu. Contudo, não cabe ao réu alegar que cometeu os crimes de peculato mediante o erro de terceiros quando justamente se utilizou da confiança e do prestígio que possuía no âmbito do Banco do Brasil para a prática dos fatos.*

*Causa espécie, o fato de antes da conclusão do processo de auditoria instaurado o réu ter solicitado a sua demissão do Banco, local onde trabalhou por quase 29 (vinte e nove) anos, ainda que sob a alegação de que pretendia assumir os erros e não prejudicar os demais colegas, fl. 110. Consoante apurado no processo de auditoria, relatório de ação disciplinar, não houve validação das alegações, pois o en-*

volvido não respondeu o Pedido de Informações emitido pela agência em 02/06/2011 (EP 1227 a 1229), no qual estão relacionadas parte das irregularidades indicadas no item 2 -Histórico das Irregularidades. O envolvido foi afastado dos serviços em 02/06/2011 (EP 1256), tendo sido demitido a pedido em 09/06/2011 (EP 848 e 1232).

Quanto ao terceiro fato narrado na denúncia, ressalta-se que **várias operações com a utilização da senha do réu foram feitas em contas abertas sem a documentação necessária para tal. Outrossim, o prejuízo decorrente das movimentações indevidas nessas contas foi suportado na sua integralidade pelo Banco do Brasil.**

Em que pese o esmero da Defesa, destaca-se que ao réu não foi imputada a conduta de falsificação de documentos. Nada obstante, **restou consignado no relatório de auditoria que houve várias transações das quais geraram aumentos de limites e contratações de crédito, com a alteração no sistema informatizado do banco, pela utilização da senha eletrônica do réu e a confirmação por senha eletrônica de outros funcionários.** Nesse ponto, há de se ressaltar que se não houve necessidade de apresentação de documentação formal para a abertura de crédito ou aumento de limites, dentre outras operações internas, não há motivo para requerer uma prova com base

*em documentos que sequer existem. Para a configuração do ato ilícito, basta saber que tais operações foram realizadas com a senha do réu enquanto exercia a função de gerente do banco. Isso porque, pela prerrogativa da função, ele detinha o poder de criar nomes falsos ou fictícios ou mesmo se utilizar de quaisquer meios para a abertura de contas, geração de operações de aumento de limites, dentre outras transações irregulares e ou ilícitas, tudo isso com o intuito de auferir vantagem indevida para si e para outrem.*

No extenso e detalhado relatório, *mídia de fl. 47, os responsáveis pela auditoria interna do Banco do Brasil lograram êxito em rastrear as diversas transações ilícitas realizadas pelo réu em que constam como favorecidos o próprio réu e seus familiares.* Entre elas, pagamentos de faturas de cartões de crédito, a débito de contas correntes de clientes não titulares dos cartões de crédito, no valor total de R\$ 22.350,74 (vinte e dois mil, trezentos e cinquenta reais e setenta e setenta e quatro centavos), no período de 22/05/2009 a 19/04/2010, agendados pelo ex-funcionário Jorge Tiomatsu Takaesu - 5.182.419-1, por meio do aplicativo Retag/SisBB. **Além das contas de parentes, mídia de fl. 47, constam outras diversas contas abertas com documentação falsa, implantação de limites,**

**contratação de empréstimos, saques e liquidação de faturas em outras contas. Operações essas em que o réu atuava como cadastrante ou confirmava a operação realizada com a senha de outro funcionário do banco, causando vultoso prejuízo ao conglomerado. Dessa forma, não há argumentos ou contraprovas aptas a infirmar os crimes cometidos pelo apelante. Razão de se negar provimento aos pleitos de absolvição por atipicidade das condutas ou por alegada insuficiência de provas para a condenação.”**

A Corte de origem, soberana quanto ao exame do acervo fático-probatório acostado aos autos, concluiu que, na hipótese estão presentes todos os elementos necessários à tipificação da conduta do Acusado no crime previsto no art. 312, § 1.º, c.c. o art. 327, § 2.º, do Código Penal. Portanto, a inversão do julgado, de maneira a fazer prevalecer o pleito absolutório, por suposta ausência de esteio probante ou pela pretensa atipicidade, demandaria, necessariamente, revolvimento das provas e fatos que instruem o caderno processual, desiderato esse incabível na via estreita do recurso especial, a teor da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

A propósito:

**“PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME MILITAR. PECULATO. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. AGRAVANTE GENÉRICA PREVISTA NO ART. 70, II, 'L', DO CÓDIGO PENAL MILITAR - CPM. APLICAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. AGRAVO DESPROVIDO.**

1. No que tange à pretendida desclassificação, sob o argumento de que não há provas suficientes para a condenação pelo crime de peculato, inafastável a incidência do verbatim n. 7 da Súmula do STJ, pois entender de forma diversa do Tribunal de origem demandaria necessariamente no revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado nesta instância especial.

[...]

3. *Agravo regimental desprovido.* (AgRg no REsp 1.853.686/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 19/05/2020, DJe 29/05/2020.)

**“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. PECULATO E FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO. VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NÃO OCORRÊNCIA. SUPOSTA QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE DOLO NAS CONDUTAS E DE DANO AO ERÁRIO. DESCLASSIFICAÇÃO DE PECULATO PARA ESTELIONATO, E DE FAL-**

*SIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO PARA FALSIDADE IDEOLÓGICA. PLEITO PELA ABSOLUÇÃO COM BASE NO ART. 13, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. INVERSÃO DO JULGADO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. MERA COLAÇÃO DE EMENTAS. AGRAVO RÉGIMENTAL DESPROVIDO.*

[...]

4. A Corte a quo, após exaustivo escrutínio dos elementos probantes carreados ao processo, entendeu estarem devidamente caracterizados, na espécie, a prática dos tipos previstos nos arts. 297 e 312 do Código Penal - falsificação de documento público e peculato -, razão pela qual o pleito de desclassificação das condutas, respectivamente, para aquelas insculpidas nos arts. 299 e 171 do mesmo Códex -falsidade ideológica e estelionato -esbarra na Súmula n.º 7/STJ.

[...]

6. A propósito do pleito absolutório veiculado por José Donizete de Almeida, com fulcro no art. 13, caput, do Código Penal, as instâncias ordinárias, após percuciente exame das provas constantes dos autos, entenderam pela caracterização da autoria delitiva também no tocante ao mencionado Agravante e, nessas condições, não é possível a essa Corte Superior de Justiça re-

formar tal entendimento, em razão da Súmula n.º 7/STJ.

[...]

10. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1.743.945/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 28/03/2019, DJe 23/04/2019.)

A respeito do pedido de desclassificação da conduta para a prevista no art. 313 do Código Penal, o acórdão recorrido contém os seguintes fundamentos (fls. 765-767; sem grifos no original):

*"b) Do pedido de desclassificação*

*O Peculato se caracteriza por crime praticado por funcionário público contra a própria administração pública. Tais crimes encontram-se tipificados nos artigos 312 e 313 do Código Penal. Nesse sentido*

[...]

*A Defesa pleiteia a desclassificação do crime de peculato para o delito de peculato mediante erro de outrem, previsto no artigo 313 do Código Penal, conhecido também como peculato estelionato. A saber:*

[...]

*Nessa toada, impende consignar que tal hipótese não é a que se apresenta para o caso sob exame. Isso porque, **o réu tinha consciência do compartilhamento das senhas dos colegas de trabalho pela confiança compartilhada no âmbito daquela agência, ainda que de modo irregular aos trâmites inter-***

**nos do Banco do Brasil S.A. É dizer que o réu se utilizava da boa-fé dos colegas de trabalho, mesmo em situações em que eles não se encontravam no local de trabalho para realizar os crimes de peculato. Portanto, o delito não foi cometido por erro ou induzimento ao erro, mas porque o réu se aproveitou da confiança depositada por seus pares.**

Segundo a análise da auditoria do Banco do Brasil, mídia de fl. 47,

o réu:

[...]

**Assim, restou fartamente comprovada a prática do crime previsto no artigo 312, caput, c/c 327, na forma do artigo 71, por diversas vezes (mais do que sete vezes), todos do Código de Processo Penal. Mantidos os fundamentos do decreto condenatório."**

Pois bem, o Tribunal a quo, examinando o material probante acostado aos autos, afastou a tese de que o peculato teria sido cometido mediante erro de outrem, porquanto verificou que a conduta do Réu foi praticada conscientemente, aproveitando-se da confiança que gozava tanto da instituição financeira onde trabalhava quanto dos colegas de labor, e, por via de consequência, entendeu caracterizada a figura típica preconizada no art. 312 do Código Penal. Nesse diapasão, a modi-

ficação dessa conclusão também encontra óbice na Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

A propósito:

**"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME MILITAR. DESAPARECIMENTO, CONSUNÇÃO OU EXTRAVIO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA PECULATO CULPOSO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.**

1. Para adotar a tese suscitada pela defesa -de que o agravante contribuiu culposamente para o extravio da arma -e, conseqüentemente, desclassificar a conduta imputada ao réu para o delito previsto no art. 303, §§ 3º e 4º, do Código Penal Militar, seria necessário o revolvimento das provas constantes dos autos, o que ultrapassa a mera reavaliação das premissas estabelecidas no acórdão impugnado e, por conseqüente, atrai a incidência da Súmula n. 7 desta Corte Superior.

[...]

4. **Agravo regimental não provido.**" (AgRg no AREsp 787.713/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 18/04/2017, DJe 26/04/2017.)

**"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PECULATO. CONFIGURAÇÃO. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO. ÓBICE NO ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DESTA TRIBUNAL. RECURSO IMPROVIDO.**

1. O agravante, ao desviar dinheiro pertencente a outrem, valendo-se da condição de funcionário público, praticou a conduta descrita no art. 312 do Código Penal, não havendo que se falar em reclassificação para o delito de estelionato.

2. A análise da pretensão recursal, consistente no pedido de desclassificação da conduta delitativa, demanda o revolvimento do conteúdo fático-probatório dos autos, o que é defeso em recurso especial, a teor do enunciado n. 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

3. *Agravo regimental improvido.* (AgRg no AREsp 850.908/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2016, DJe 12/08/2016.)

De outro norte, a sanção basilar foi exasperada com fulcro na seguinte argumentação (fl. 769):

*“Quanto ao prejuízo sofrido, tenho que as consequências do crime estão a merecer maior grau de reprovabilidade. Isso porque se trata de vultosa soma subtraída, no quantum de R\$ 1.599.498,33 (um milhão, quinhentos e noventa e nove mil, quatrocentos e noventa e oito reais e trinta e três centavos).”*

O Superior Tribunal de Justiça entende que, no crime de peculato, o expressivo montante do prejuízo, tal como ocorre na hipótese dos autos, justi-

fica a exasperação da pena-base pela atribuição de valoração negativa ao vetorial consequências do crime.

Ilustrativamente:

*“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. PECULATO. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO MONOCRÁTICO. AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. DIRIGENTES E PRESTADORES DE SERVIÇO DE OSCIP SÃO EQUIPARADOS A FUNCIONÁRIO PÚBLICO PARA EFEITOS PENAIIS. PREJUÍZO ANORMAL E EXPRESSIVO. FUNDAMENTO IDÔNEO PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

[...]

*3. Ainda que o prejuízo material não tenha o condão de justificar, por si só, o aumento da pena, por configurar, em regra, fator comum à espécie, quando o prejuízo se mostrar anormal ou expressivo, desbordando dos ínsitos à espécie, constitui justificativa válida para o desvalor (AgRg no HC 475.449/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 6/12/2018, DJe 18/12/2018).*

[...]

*5. Agravo regimental desprovido.* (AgRg no REsp 1.816.588/PR, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUIN-

TA TURMA, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019.)

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. PECULATO (CP, ART. 312, CAPUT). PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. CULPABILIDADE, MOTIVOS E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ANÁLISE DESFAVORÁVEL SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. ELEVAÇÃO JUSTIFICADA ANTE O SUBSTANCIAL VALOR DESVIADO PELO FUNCIONÁRIO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]

4. Não há ilegalidade no aumento da pena-base, a título de consequências do peculato, quando o julgador registra a grande quantia desviada pelo funcionário público em proveito alheio. A conduta ilícita acarretou um prejuízo de R\$ 184.286,00 para empresa particular, valor destinado ao pagamento de impostos que deixaram de ser recolhidos aos cofres públicos.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reconhecer a violação do art. 59 do CP e redimensionar a pena do paciente para 2 anos e 9 meses de reclusão e 20 dias-multa.” (HC 223.071/ES, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 03/12/2015, DJe 17/12/2015.)

Acerca da fração incidente pela continuidade delitiva, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, corroborando a sentença condenatória, manteve a elevação no

máximo legalmente previsto nos seguintes termos (fls. 770-771; sem grifos no original):

“CONTINUIDADE DELITIVA **A Juíza sentenciante reconheceu a continuidade delitiva e aplicou aumento na fração de 2/3 (dois terços), por entender que o réu cometeu o crime de peculato por diversas vezes, em número superior a 7 (sete),** consoante restou demonstrado no relatório constante da mídia de fl. 47, documentos de fls. 58/152 e na denúncia.

De fato, **ficou devidamente demonstrado nos autos, consoante explanado anteriormente, que o réu subtraiu valores de vários clientes entre maio de 2009 a abril de 2011, ou seja, por quase dois anos.**

Assim, configurada a continuidade delitiva, porquanto se tratam de crimes da mesma espécie, cometidos mediante mais de uma ação ou omissão, sob as mesmas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes.

No que concerne à fração de aumento a ser aplicada, deve-se levar em conta a quantidade de condutas criminosas que integrou a continuidade delitiva. Nesse sentido, confira-se o precedente desta Turma Criminal:

[...]

Assim, resta fixada a pena definitiva em 5 (cinco) anos, 2 (dois) meses e 6 (seis) dias de reclusão.”

Com efeito, a propósito do patamar de exasperação da pena pelo reconhecimento de crime continuado, esta Corte Superior de Justiça entende que se aplica a fração de aumento de 1/6 (um sexto) pela prática de 2 infrações; 1/5 (um quinto) para 3 infrações; 1/4 (um quarto) para 4 infrações; 1/3 (um terço) para 5 infrações; 1/2 (metade) para 6 infrações e 2/3 (dois terços) para 7 ou mais infrações.

Portanto, o entendimento adotado pela Corte *a quo* não destoa do citado entendimento, na medida em que, cometidos mais de 7 delitos no período entre maio de 2009 e abril de 2011, tal como consignado na sentença condenatória, a fração adequada é 2/3 (dois terços).

Nesse sentido:

*“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTINUIDADE DELITIVA. PATAMAR DE AUMENTO. NÚMERO DE CRIMES COMETIDOS. SÚMULA*

*N. 7 DO STJ. AFASTAMENTO. FRAÇÃO DE 2/3. IMPOSIÇÃO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.*

1. Relativamente à exasperação da reprimenda procedida em razão do crime continuado, é imperioso salientar que esta Corte Superior de Justiça possui o entendimento consolidado de que, cuidando-se do aumento de pena referente à

continuidade delitiva, aplica-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5 para 3 infrações; 1/4 para 4 infrações; 1/3 para 5 infrações; 1/2 para 6 infrações e 2/3 para 7 ou mais infrações.

2. Na espécie, ficou incontroversa, pela moldura fática exposta, a prática de 141 delitos de peculato em continuidade delitiva, razão pela qual deve ser aplicado o aumento da pena no percentual máximo de 2/3, conforme a regra contida no art. 71, caput, do Código Penal.

3. *Agravo regimental não provido.*” (AgRg no AREsp 398.516/RN, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016.)

*“HABEAS CORPUS. PECULATO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. PREJUÍZO EXACERBADO À VÍTIMA. FUNDAMENTO IDÔNEO. REINCIDÊNCIA. QUANTUM DO AUMENTO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. CONTINUIDADE DELITIVA. AUMENTO DA REPRIMENDA EM 2/3. PROPORCIONALIDADE. NÚMERO DE INFRAÇÕES PRATICADAS. CRITÉRIO OBJETIVO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRIATIVA DE DIREITOS. REQUISITOS OBJETIVO E SUBJETIVO. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.*

[...]

3. *Segundo orientação jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, o aumento*

*da pena pela continuidade delitiva prevista no caput do art. 71 do Código Penal se faz, basicamente, em razão do número de infrações praticadas (critério objetivo).*

4. *Verificada a prática de 75 delitos de peculato, mostra-se correto*

*o aumento de 2/3 procedido por força do crime continuado. Precedentes.*

[...]

6. *Ordem denegada.*” (HC 141.884/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/08/2012, DJe 05/09/2012)

Por fim, no que diz respeito ao pretense dissenso pretoriano com lastro no aresto proferido quando do julgamento do HC n. 349.945/PE, da relatoria do Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, esclareço que, segundo a pacífica jurisprudência desta Corte, “acórdão proferido em habeas corpus, por não guardar o mesmo objeto/natureza e a mesma extensão material almejados no recurso especial, não serve para fins de comprovação de divergência jurisprudencial, ainda que se trate de dissídio notório” (AgRg no AREsp 1.141.562/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe de 11/09/2018).

No mesmo sentido:

“AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPE-

CIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR. LESÃO CORPORAL CULPOSA. ALEGAÇÃO DE AFRONTA A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE DE ANÁLISE NA VIA DO RECURSO ESPECIAL. PRETENSE AFRONTA À SÚMULA N.º 6/STJ. DESCABIMENTO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ACÓRDÃO PARADIGMA PROFERIDO EM HABEAS CORPUS. DESCABIMENTO. DEMAIS JULGADOS TIDOS POR PARADIGMA. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. PLEITO PELA ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

3. *É pacífica jurisprudência desta Corte no sentido de que o ‘acórdão proferido em habeas corpus, por não guardar o mesmo objeto/natureza e a mesma extensão material almejados no recurso especial, não serve para fins de comprovação de divergência jurisprudencial, ainda que se trate de dissídio notório’ (AgRg no AREsp 1.141.562/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe de 11/09/2018).*

[...]

6. *Agravo regimental desprovido.*” (AgRg no AREsp 1.414.307/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 24/05/2019.)

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo regimental.

É como voto.

### VOTO-VISTA

#### MINISTRO NEFI CORDEIRO:

Pedi vista para melhor exame da controvérsia acerca da fração aplicada pela continuidade delitiva.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, corroborando a sentença condenatória, manteve a elevação no máximo legalmente previsto nos seguintes termos (fl. 770):

A Juíza sentenciante reconheceu a continuidade delitiva e aplicou aumento na fração de 2/3 (dois terços), por entender que **o réu cometeu o crime de peculato por diversas vezes, em número superior a 7 (sete), consoante restou demonstrado no relatório constante da mídia de fl. 47, documentos de fls. 58/152 e na denúncia.**

De fato, ficou devidamente demonstrado nos autos, consoante explanado anteriormente, que o réu subtraiu valores de vários clientes entre maio de 2009 a abril de 2011, ou seja, por quase dois anos. Assim, configurada a continuidade delitiva, porquanto se tratam de crimes da mesma espécie, cometidos mediante mais de uma ação ou omissão, sob as mesmas condições de tempo, lugar, maneira de exe-

cução e outras semelhantes. No que concerne à fração de aumento a ser aplicada, deve-se levar em conta a quantidade de condutas criminosas que integrou a continuidade delitiva. [...] Assim, resta fixada a pena definitiva em 5 (cinco) anos, 2 (dois) meses e 6 (seis) dias de reclusão.

Entendeu a e. Relatora, Ministra Laurita Vaz, que o entendimento adotado pela Corte de origem *não destoa do citado entendimento, na medida em que, cometidas mais de 7 delitos no período entre maio de 2009 e abril de 2011, tal como consignado na sentença condenatória, a fração adequada é 2/3 (dois terços).*

Na hipótese dos autos, embora o ora recorrente alegue que o *Parquet* lhe atribui a suposta prática de apenas 3 (três) fatos, é dizer, três delitos, e não 7 (sete), como pretende fazer crer o acórdão ora recorrido (fl. 882), verifico que a peça acusatória descreve 14 condutas típicas praticadas pelo réu no período de maio/2009 a abril/2020.

Vejamos:

Segundo consta da narrativa, o ora recorrente, no período de 13/5/2009 a 24/11/2011, agindo fraudulentamente, realizou a **Contratação de Crédito Direto ao Consumidor**, para as seguintes contas e respectivos valores (fl. 6):

Conta corrente: 5244-2 -  
Matheus L. de Araújo - R\$  
32.138,9;

Conta corrente: 5280-9 - Zenilde  
Gomes Lacerda - R\$ 231.991,5;  
Conta corrente: 225097 - Eder  
Freddi - R\$ 40.548,86.

No dia 28/12/2009, o acusa-  
do **alterou limite de cheque  
especial** da seguinte conta (fl.  
7):

Conta corrente: 225097 - Eder  
Freddi - R\$ 16.579,65.

No dia 2/7/2010, formalizou  
**operação BB Crédito  
Renegociação** para a seguin-  
te conta (fl. 7):

Conta corrente: 5244-2 -  
Matheus L. de Araújo - R\$  
72.874,36.

No dia 9/7/2010, o denunci-  
ado contratou a **operação de  
Crédito Direto ao Consumi-  
dor** para a seguinte conta e seu  
respectivo prejuízo (fl. 7):

Conta corrente: 225097 - Eder  
Freddi - R\$ 16.000,0.

Assevera o Ministério Públi-  
co que *uma das formas que o  
acusado se valia para subtrair  
os valores disponibilizados  
consistia no pagamento, a par-  
tir de contas de clientes e ain-  
da contas abertas fraudulentamente,  
de faturas de cartão de  
crédito de sua titularidade e  
de parentes seus, como espo-  
sa, filhos, sobrinhos, no perío-*

*do de 22/05/09 a 19/04/10, a  
partir de agendamento nas se-  
guintes contas:*

Conta corrente: 5244-2 -  
Matheus L. de Araújo - R\$  
13.773,08;  
Conta corrente: 5280-9 - Zenilde  
Gomes Lacerda - R\$ 8.577,66

*Acrescenta o Parquet esta-  
dual que, no período de 26/8/  
2010 a 23/3/11, valendo-se de  
documentos falsos de clientes  
ou ainda de forma totalmente  
irregular, o ora recorrente rea-  
lizou a abertura de contas ban-  
cárias, sendo que a partir des-  
sas contas o denunciado tam-  
bém realizou operações de cré-  
dito fraudulentas e assim sub-  
traiu os recursos em prejuízo da  
instituição financeira. São essas  
as contas indicadas na peça  
acusatória:*

26/08/10 - 32254-7 - José J S  
Nascimento;  
24/09/10 - 35170-9 - Paulo B da  
Silva;  
18/01/11 - 36182-8 - Gonçalo G  
de Matos;  
22/11/10 - 38336/8 - Antônio A  
A dos Santos;  
08/12/10 - 44552-5 - Valdiron M  
Teles;  
23/03/11 - 54322-5 - Luis M Ri-  
beiro.

Diante dos fatos narrados, o  
órgão ministerial denunciou o  
acusado como incurso nas pe-  
nas do art. 312, § 1º c/c art. 327,  
ambos do Código Penal (**por  
diversas vezes**).

Nessa senda, assim como concluiu a e. Relatora, tendo em vista o entendimento pacificado nesta Corte Superior de que se aplica a fração de aumento de 2/3 para 7 ou mais infrações, o recurso deve ser desprovido também neste ponto.

Assim, acompanho a Relatora para negar provimento ao agravo regimental.

### VOTO-VISTA

**O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR:** Trata-se de agravo regimental interposto por **Jorge Tiomatsu Takaesu** contra a decisão monocrática da eminente Ministra Laurita Vaz, que conheceu parcialmente do recurso especial interposto por ele e, na parte conhecida, negou provimento ao apelo. Eis a ementa (fl. 1034):

RECURSO ESPECIAL. PENAL. PECULATO. ALEGADA QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. INEXISTENTE. COMUNICAÇÃO E ENVIO DE DADOS PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA AO MINISTÉRIO PÚBLICO, RELATIVOS À CONDUTA DE FUNCIONÁRIO PASÍVEL (SIC) E SER CARACTERIZADA COMO CRIME. PREVISÃO CONTIDA NO ART. 1.º, § 3.º, INCISO IV, DA LEI COMPLEMENTAR N.º 105/2001. PRECEDENTES. PLEITOS PELA ABSOLVIÇÃO ANTE AUSÊNCIA DE PROVAS, RECO-

NHECIMENTO DA ATIPICIDADE DA CONDUTA OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA PECULATO POR ERRO DE OUTREM (ART. 313 DO CP). INVERSÃO DO JULGADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PENA-BASE. EXACERBAÇÃO EM FUNÇÃO DO DESVALOR ATRIBUÍDO ÀS CONSEQUÊNCIAS DO DELITO, ANTE O ELEVADO MONTANTE DO PREJUÍZO CAUSADO PELAS CONDUTAS DO AGENTE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. CONTINUIDADE DELITIVA. PRÁTICA DE MAIS DE 7 AÇÕES. FRAÇÃO ADEQUADA: 2/3 (DOIS TERÇOS). PRECEDENTES. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ACÓRDÃO PARADIGMA PROFERIDO EM *HABEAS CORPUS*. DESCABIMENTO. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

*Alega o agravante que não há dúvidas de que as provas que embasaram a denúncia foram obtidas por meio de quebra de sigilo bancário e compartilhadas com o órgão ministerial sem qualquer autorização judicial, tornando-as ilícitas e conseqüentemente nulas, em nítida afronta aos artigos 157 do Código de Processo Penal e 1º, §§ 3º e 4º, da Lei Complementar 105/01 (fl. 1054).*

*Aduz que a decisão ora agravada, porém, aplicou entendimento diverso – e de forma equivocada, data máxima vênia – ao afirmar que não há*

*ilegalidade quando a instituição financeira comunica a autoridade competente sobre conduta, em tese, criminosa praticada por um de seus funcionários (fl. 1054).*

*Sustenta que, ao fundamentar tal entendimento, o r. decisum vergastado limitou-se a: i) transcrever trechos do acórdão então combatido que estariam, em tese, de acordo com a jurisprudência do STJ e ii) transcrever excertos de outras decisões deste e. Superior Tribunal de Justiça, que, com a devida licença, não se coadunam com a hipótese dos autos, na medida em que se mesclou as hipóteses de quebra de sigilo bancário com a “transferência” de informações, nos termos do art. 1º, § 3º, inciso IV, da LC nº 105/2001 (fl. 1054).*

*Afirma que não houve autorização judicial para a quebra de sigilo bancário e, sobretudo, para o compartilhamento de dados protegidos constitucionalmente, de forma que a manutenção dos elementos de prova oriundos desta quebra de sigilo é manifestamente ilegal, constituindo prova ilícita, que não pode ser utilizada como elementos para condenar o ora agravante (fl. 1056).*

*Postula, então, a reconsideração da decisão agravada, a fim de que seja conhecido e provido o Recurso Especial interposto pela defesa. Subsidi-*

*ariamente, na hipótese de Vossa Excelência não reconsiderar o presente pedido, requer-se que o agravo regimental seja levado a julgamento perante a e. Sexta Turma deste colendo Superior Tribunal de Justiça, para que, em julgamento conjunto, seja conhecido e provido nos termos do Recurso Especial (fl. 1078).*

Em sessão de julgamento realizada no dia 24/11/2020, a eminente Ministra Relatora apresentou voto no sentido de se negar provimento ao agravo regimental, ocasião na qual o Ministro Nefi Cordeiro pediu vista antecipada dos autos, tendo, na sessão de julgamento do dia 15/12/2020, proferido voto no sentido de acompanhar a relatora.

Após, pedi vista dos autos para verificar a legalidade do acesso aos dados bancários do recorrente pelo órgão da acusação.

E, analisando detidamente os autos, não vejo como discordar da eminente Relatora.

O Tribunal de origem consignou o seguinte, a respeito do tema (fls. 750/752):

[...] Lado outro, não há que se falar, como visto, quebra de sigilo, em situações excepcionais em que a sociedade mercantil seja vítima de ilícito, mas apenas transferência de dados necessários à persecução penal proposta pelo Ministério Público, que detém a competência

legal para requisitar diligências investigatórias, nos termos do artigo 129, inciso VIII, da Constituição Federal e dos artigos 7º e 8º da Lei Complementar nº 75/1993.

Sobre a matéria de interesse público, cujo intuito é tornar as prestações de contas cada vez mais transparentes, corolário dos princípios da publicidade e da moralidade, tenho que não há empecilho no fornecimento de dados ao Ministério Público no caso específico de ilícito penal, cujo objetivo foi o de subsidiar a persecução penal, mostrando-se prescindível, portanto, a autorização judicial.

Nesse sentido:

[...]

Nesse caso, os dados devem ser fornecidos pelo Banco do Brasil S/A à autoridade administrativa. De modo que não há óbice, por sua natureza jurídica, em se tratando de sociedade de economia mista, com aporte de recursos públicos, caso constate o cometimento de crime e, do prejuízo causado por funcionário público do seu próprio quadro de pessoal, comunique o fato ao Ministério Público, fornecendo os elementos necessários para a investigação e posterior persecução penal.

Em outras palavras, não há que se falar em quebra de sigilo nessa hipótese.

Os esclarecimentos do Banco do Brasil auxiliaram apenas na constatação da exata quantia subtraída pelo funcionário. Todavia, a existência do ilícito já era conhecida em virtude da

auditoria interna realizada pela empresa, vítima. Portanto, as informações bancárias foram essenciais para a apuração direta do ilícito administrativo e, também, do criminal, como será visto em seguida.

Na espécie, o Banco do Brasil ressarciu os clientes lesados e arcou com o respectivo prejuízo, no montante de R\$ 1.599.498,33 (um milhão quinhentos e noventa e nove mil quatrocentos e noventa e oito reais e trinta e três centavos). A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é rica em precedentes que nunca deixaram de entender o sigilo bancário como um direito individual não absoluto, podendo ser quebrado ante um interesse público. É evidente a relatividade do sigilo bancário e que, quando confrontado com outro direito fundamental, deve ser sopesado perante este para uma efetiva prestação jurisdicional. In casu, o interesse público advindo da necessidade de transparência e da persecução penal suplanta o interesse particular do réu, causador do dano ao patrimônio da sociedade de economia pública, a qual deve realizar a prestação de contas ao Tribunal de Contas da União.

Ainda que se diga que o dinheiro foi desviado das contas de pessoas físicas, há que se entender que posteriormente o Banco do Brasil teve a obrigação de reparar o dano causado aos correntistas, assim, prevalece o dever do Estado, por interesse da coletividade, em investigar de maneira am-

pla, irrestrita e transparente o responsável por tais desvios. Nesse passo, é de se verificar o voto proferido no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 133.118 CE -Supremo Tribunal Federal, da relatoria do Ministro Dias Toffoli:  
[...]

Conforme se conclui da análise dos trechos transcritos, no caso, não ocorreu uma requisição de forma direta das informações bancárias do acusado pelo Ministério Público para fins de persecução criminal de qualquer crime. A situação que ensejou o acesso a referidos dados decorre do fato de que a própria instituição bancária, por meio de auditoria interna realizada por esta, constatou que o funcionário, ora recorrente, desviou a quantia total de R\$ 1.599.498,33 (um milhão, quinhentos e noventa e nove mil, quatrocentos e noventa e oito reais e trinta e três centavos) de contas correntes de pessoas físicas, ocasionando o ressarcimento pelo Banco, que se apresenta como vítima da prática do crime, e o encaminhamento das informações necessárias para possíveis diligências investigatórias.

Definido o contexto em que o acesso ocorreu, deve-se ressaltar que a preservação do sigilo bancário não pode servir de acobertamento para a prática de crimes no interior da própria instituição bancária,

mostrando-se imprescindível o acesso às informações até para a constatação dos fatos apurados pela instituição financeira pelo órgão da acusação, a quem os fatos foram comunicados.

Em face do exposto, acompanho o voto da Ministra Relatora, no sentido de negar provimento ao recurso.

### **CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEXTA TURMA**

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, 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 Sebastião Reis Júnior negando provimento ao agravo regimental, sendo acompanhado pelos Srs. Ministros Rogério Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro, a Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sebastião Reis Júnior (voto-vista), Rogério Schietti Cruz e Antonio Saldanha Palheiro votaram com a Sra. Ministra Relatora.



# Tribunal Superior do Trabalho

**Processo seletivo interno. Condição. Adesão ao novo plano de cargos e salários. Validade.<sup>1</sup>**

## **A C Ó R D Ã O SDI-1 GMHCS/rqr**

**RECURSO DE EMBARGOS. INTERPOSIÇÃO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. CEF. ADESÃO AO NOVO PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. CONDIÇÃO PARA A PARTICIPAÇÃO EM PROCESSO SELETIVO INTERNO. VALIDADE. MATÉRIA PACIFICADA. ART. 894, § 2º, DA CLT.** À luz da jurisprudência desta Corte, é válida a norma interna da Caixa Econômica Federal que estabelece a migração para o novo plano de previdência privada como condição para a adesão à nova estrutura salarial unificada e, consequentemente, ao acesso às funções comissionadas, em consonância com o item II da Súmula 51 do TST.

**Recurso de embargos não conhecido.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos em Embargos de Declaração em Recurso de Revista nº **TST-E-ED-RR-148-10.2013.5.07.0010**, em que é Embargante **MÁRIO**

**LIRA BEZERRA** e Embargada **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF.**

A Eg. Terceira Turma, quanto ao tema “participação em processo seletivo interno (PSI) para ocupar função gratificada de plano de cargos do qual o reclamante não é optante – vedação”, conheceu do recurso de revista da reclamada, por contrariedade à Súmula 51, II, do TST, e, no mérito, deu-lhe provimento para julgar improcedente o pedido de afastamento da restrição à participação em processo seletivo previsto no novo Plano de Cargos e Salários.

O reclamante interpõe recurso de embargos, com fundamento no art. 894, II, da CLT.

Despacho positivo de admissibilidade proferido no âmbito da Presidência da Eg. Terceira Turma.

Com impugnação.

Dispensada a remessa dos autos ao Ministério Público do Trabalho, nos termos do art. 83, § 2º, II, do RITST.

É o relatório.

DEJT 27/08/2021.

<sup>1</sup> Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=0000148&digitoTst=10&anoTst=2013&orgaoTst=5&tribunalTst=07&varaTst=0010&submit=Consultar>>

## VOTO

### I – CONHECIMENTO

#### 1 – PRESSUPOSTOS EXTRÍNSECOS

Satisfeitos os pressupostos referentes à tempestividade (fls. 1241 e 1353) e à representação processual (fls. 27 e 1256). Dispensado o preparo (fl. 1192).

#### 2 - PRESSUPOSTOS INTRÍNSECOS

#### CEF. ADESÃO AO NOVO PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS. CONDIÇÃO PARA A PARTICIPAÇÃO EM PROCESSO SELETIVO INTERNO. VALIDADE.

A Eg. Terceira Turma, quanto ao tema “participação em processo seletivo interno (PSI) para ocupar função gratificada de plano de cargos do qual o reclamante não é optante – vedação”, conheceu do recurso de revista da reclamada, por contrariedade à Súmula 51, II, do TST, e, no mérito, deu-lhe provimento para julgar improcedente o pedido de afastamento da restrição à participação em processo seletivo previsto no novo Plano de Cargos e Salários.

Eis os fundamentos adotados, sintetizados na ementa da decisão embargada:

“CEF. PARTICIPAÇÃO EM PROCESSO SELETIVO INTERNO (PSI) PARA OCUPAR FUNÇÃO GRATIFICADA DE PLANO DE CARGOS DO QUAL O RECLAMANTE NÃO É OPTANTE.

VEDAÇÃO. AUSÊNCIA DE INJUSTA DISCRIMINAÇÃO. A vedação à participação do empregado vinculado aos antigos planos de cargos e salários (PCC/98) e de previdência (REG/REPLAN), no processo seletivo interno (PSI), para funções do novo Plano de Funções Gratificadas PFG, decorre da compreensão da Súmula 51, II, do TST. Recurso de revista conhecido e provido”.

Alega o reclamante que a norma editada pela CEF, com imposição de renúncia ao direito de participação em processo seletivo no caso em que o empregado não optou pelo novo Plano de Funções Gratificadas, seria nula. Sustenta que ao caso, não incide a Súmula 51, II, TST, ao argumento de que o debate apresentado não tem a ver com opção entre planos existentes e válidos, mas com a legalidade da condição imposta pelo reclamado para participação do empregado em processos seletivos. Afirma que, reconhecida a invalidade da cláusula referida, é devida a caracterização do dano moral. Aponta divergência com os arestos das fls. 1246-1252.

Ao exame.

À luz da jurisprudência desta Corte, é válida a norma interna da Caixa Econômica Federal que estabelece a migração para o novo plano de previdência privada como condição para a adesão à nova estrutura salarial unificada e,

consequentemente, ao acesso às funções comissionadas, em consonância com o item II da Súmula 51 do TST:

“EMBARGOS OPOSTOS NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014 - CEF - ADESÃO À NOVA ESTRUTURA SALARIAL UNIFICADA (ESU/2008) - PLANO DE FUNÇÕES GRATIFICADAS (PFG/2010) - CONDIÇÃO PARA PARTICIPAÇÃO EM PROCESSO SELETIVO INTERNO (PSI). É válida a norma interna que impõe ao trabalhador estar desvinculado do plano REG/REPLAN da FUNCEF sem saldamento como condição para preencher as funções comissionadas previstas na nova norma interna. Precedentes da C. SBDI-I e de todas as Turmas desta Corte Superior envolvendo a mesma Reclamada e a mesma controvérsia. Incide o óbice do § 2º do art. 894 da CLT. Embargos não conhecidos” (Processo: E-ED-RR - 1313-50.2010.5.15.0083 Data de Julgamento: 03/12/2020, Redatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 14/05/2021).

“AGRAVO EM EMBARGOS RECIDOS PELA LEI Nº 13.015/2014, PELO CPC/2015 E PELA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 39/2016 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. CEF. EMPREGADOS QUE NÃO ADERIRAM À NOVA ESTRUTURA SALARIAL UNIFICADA (PCS/2008) ANTE A EXIGÊNCIA DE MIGRA-

ÇÃO PARA NOVO PLANO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. VALIDADE DA NORMA INTERNA. MN RH 183 E ANEXO À CIRCULAR Nº CI SURSE 035/10. A pretensão do sindicato nesta demanda se limita aos empregados substituídos que não puderam aderir ao novo Plano de Funções Gratificadas da reclamada por não terem feito o saldamento do plano de previdência privada. Nos termos da jurisprudência firmada nesta Subseção, é válida a norma interna da reclamada, pela qual se impôs a migração dos empregados do Plano de Benefícios da “FUNCEF - REG/REPLAN sem saldamento” para novo plano previdenciário como condição para adesão à nova Estrutura Salarial Unificada da CEF e o consequente exercício de funções comissionadas previstas no novo plano. Na hipótese, os empregados substituídos optaram por continuar vinculados ao ‘REG/REPLAN sem saldamento’ e, portanto, não aderiram à Estrutura Salarial Unificada/2008. Não havendo notícias de existência de vício de vontade, conclui-se pela validade da norma interna em questão, de modo que, aos substituídos nesta demanda, não se aplicam as regras do novo Plano de Funções Gratificadas. Salienta-se que opção do empregado por um dos regulamentos tem efeito jurídico de renúncia às regras do sistema do outro, ainda que os benefícios estejam previstos em regulamento instituído por entidades de previdência priva-

da, bastando não estar viciada a renúncia. Precedentes. Agravo desprovido” (Ag-E-ED-RR-1733-02.2010.5.08.0002, SBDI-I, relator Ministro José Roberto Freire Pimenta, DEJT 21/6/2019).

“AGRAVO EM RECURSO DE EMBARGOS - ADESÃO AO PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS E AO PLANO DE FUNÇÕES GRATIFICADAS - ESTRUTURA UNIFICADA IMPLANTADA EM 2008 - CONDIÇÃO - MIGRAÇÃO DO ANTIGO PLANO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR REG/REPLAN SEM SALDAMENTO PARA O NOVO PLANO DE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA DENOMINADO PLANO COM SALDAMENTO. Esta Subseção firmou entendimento no sentido de que a cláusula que previu o saldamento do plano de benefícios REG/REPLAN como condição para adesão dos empregados ao novo PCS implantado pela empresa em 2008, bem como ao Plano de Funções Gratificadas, é válida. A opção do empregado por um dos regulamentos tem efeito jurídico de renúncia às regras do outro, ainda que os benefícios estejam previstos em regulamento instituído por entidades de previdência privada, bastando não estar viciada a renúncia. Nesse sentido dispõe a Súmula nº 51, II, desta Corte. Precedentes. Agravo conhecido e desprovido” (Ag-E-ED-RR-10500-30.2013.5.18.0007, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, SBDI-I, DEJT 29/3/2019)

“EMBARGOS. ADESÃO À ESU/2008. EXIGÊNCIA DE MIGRAÇÃO PARA O NOVO PLANO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. DIVERGÊNCIA SUPERADA. Esta Subseção já decidiu que se reveste de validade exigir dos empregados o saldamento do REG/REPLAN com migração para Novo Plano de Complementação de Aposentadoria como condição para adesão ao Novo Plano de Cargos e Salários - ESU-2008 da Caixa Econômica Federal, se exercida a opção por livre consentimento, porque constitui transação albergada pela Súmula 51, II, do TST. Acórdão embargado em consonância com a atual, iterativa e notória jurisprudência desta Corte não desafia embargos, nos termos do artigo 894, § 2º, da CLT. Embargos de que não se conhece” (E-ARR-1614-95.2011.5.02.0447, Relator Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, SBDII, DEJT 14/12/2018).

Assim, ao reputar lícita a condição imposta pela Caixa Econômica Federal, no sentido de vedar a participação em processo seletivo interno dos empregados que optaram por permanecer no plano REG/REPLAN sem saldamento, a Eg. Terceira Turma decidiu em harmonia com a jurisprudência desta Corte, o que inviabiliza o exame dos arestos paradigmas (art. 894, § 2º, da CLT).

Não conheço.

## **ISTO POSTO**

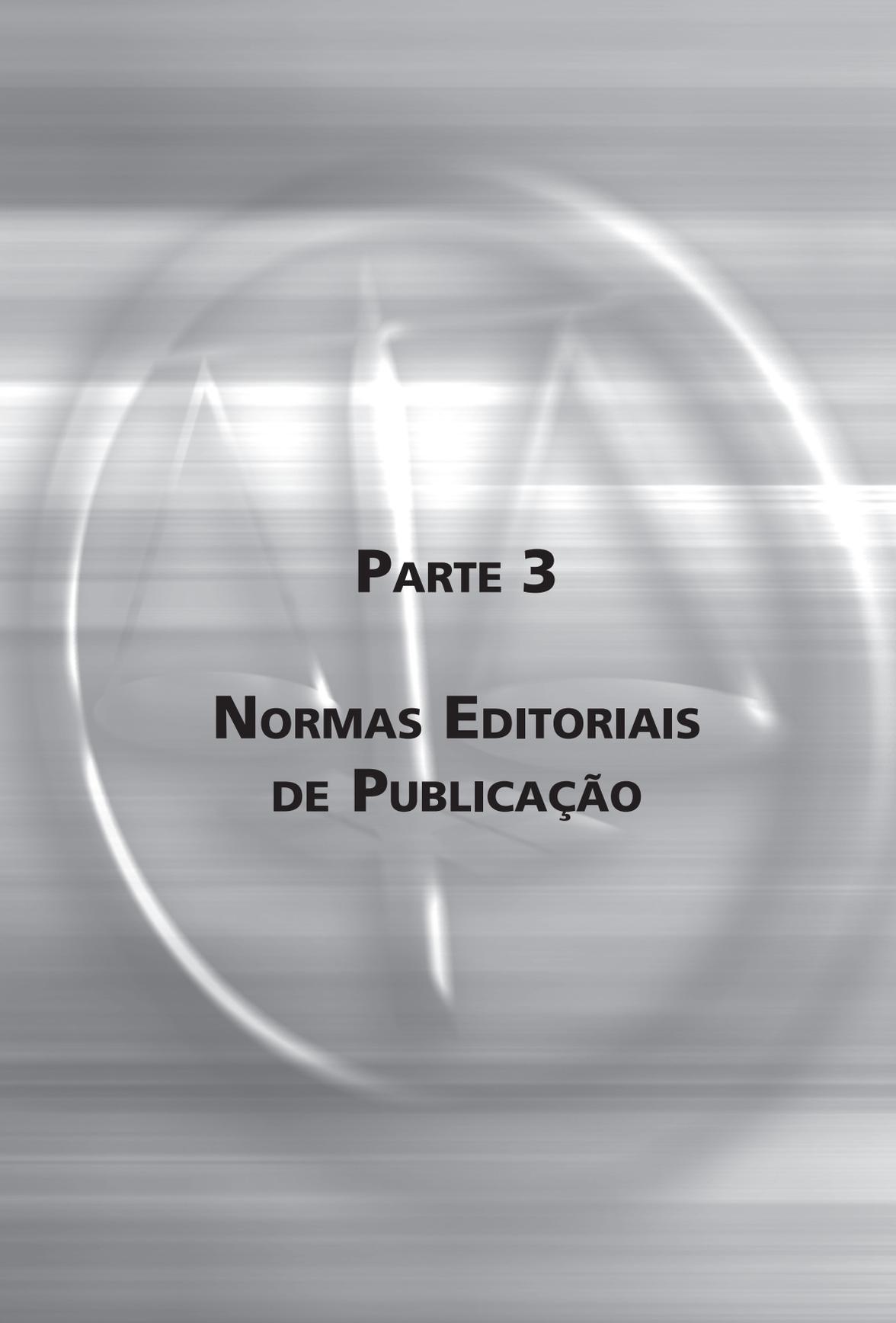
**ACORDAM** os Ministros da Subseção I Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, não conhecer do recurso de embargos.

Brasília, 19 de agosto de 2021.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001)

HUGO CARLOS SCHEUER-MANN, 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.**



