

Revista de Direito da ADVOCEF

*Associação Nacional dos Advogados
da Caixa Econômica Federal*

RDA / Ano IX / N° 18 / 398p / Mai 14



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. 18, 2014

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

Preparação de originais e normalização ABNT: Simone Diefenbach Borges

Tiragem: 2.300 exemplares

Periodicidade: semestral

Impressão: Athalaia Gráfica e Editora

Solicita-se Permuta

| DIRETORIA EXECUTIVA DA ADVOCEF

Presidente

Carlos Alberto Regueira de Castro e Silva (Recife)

Vice-Presidente

Álvaro Sérgio Weiler Júnior (Porto Alegre)

1º Tesoureiro

Estanislau Luciano de Oliveira (Brasília)

2ª Tesoureira

Daniele Cristina Alaniz Macedo (São Paulo)

1ª Secretária

Lya Rachel Basseto Vieira (Campinas)

2º Secretário

Eduardo Jorge Sarmento Mendes (Brasília)

Diretor de Articulação e Relacionamento Institucional

Júlio Vitor Greve (Brasília)

Diretor de Comunicação, Relacionamento Interno e Eventos

Roberto Maia (Porto Alegre)

Diretor de Honorários Advocatícios

Dione Lima da Silva (Porto Alegre)

Diretor de Negociação Coletiva

Marcelo Dutra Victor (Belo Horizonte)

Diretora de Prerrogativas

Maria Rosa de Carvalho Leite Neta (Fortaleza)

Diretor Jurídico

Magdiel Jeus Gomes Araújo (João Pessoa)

Diretora Social

Isabella Gomes Machado (Brasília)

| CONSELHO EXECUTIVO DA REVISTA

Altair Rodrigues de Paula

Patrícia Raquel Caíres Jost Guadanhim

Roberto Maia

CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA

Alaim Giovani Fortes Stefanello

*Doutor em Direito Econômico e Sociobambiental PUC/PR.
Mestre em Direito Ambiental - UEA/AM. Vice-presidente da
Comissão de Direito Ambiental da OAB/PR.*

Antonio Carlos Ferreira

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

Bruno Queiroz Oliveira

*Doutorando em Direito Constitucional pela Unifor. Mestre em
Direito Público pela Universidade Federal do Ceará. Professor de
Direito Penal na Unichistus. Conselheiro da OAB/CE e Presidente
da Comissão de Acompanhamento da Reforma do Código Penal
pela OAB/CE.*

Davi Duarte

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

Iliane Rosa Pagliarini

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

João Pedro Silvestrin

*Desembargador do Trabalho no TRT da Quarta Região.
Pós-graduado em Direito e Economia e da Empresa pela
Fundação Getúlio Vargas e Especialista em Direito do Trabalho,
Direito Processual do Trabalho e Direito Previdenciário - UNISC.*

CONSELHO DELIBERATIVO DA ADVOCEF

Membros Efetivos

Anna Claudia de Vasconcellos (Florianópolis)

Davi Duarte (Porto Alegre)

Fernando da Silva Abs Cruz (Porto Alegre)

Henrique Chagas (Presidente Prudente)

Luciano Caixeta Amâncio (Brasília)

Patrícia Raquel Caíres Jost Guadanhim (Londrina)

Renato Luiz Harmi Hino (Curitiba)

Membros Suplentes

Antônio Xavier de Moraes Primo (Recife)

Elton Nobre de Oliveira (Rio de Janeiro)

Justiniano Dias da Silva Júnior (Recife)

CONSELHO FISCAL DA ADVOCEF

Membros Efetivos

Adonias Melo de Cordeiro (Fortaleza)

Edson Pereira da Silva (Brasília)

Jayme de Azevedo Lima (Curitiba)

Membros Suplentes

Melissa Santos Pinheiro Vassoler Silva (Porto Velho)

Sandro Endrigo de Azevedo Chiarotti (Ribeirão Preto)

■ SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	9
PARTE 1 – ARTIGOS	
Relativização dos critérios clássicos de solução de antinomia pela aplicação da teoria dos princípios Iuri de Castro Gomes	13
O direito e a psicanálise: a interdisciplinariedade na análise do descumprimento da norma jurídica. Momento da cogitação no <i>iter criminis</i>. Conhecimento de si mesmo Gouvan Linhares Lopes e Floriano Benevides de Magalhães Neto	33
Da outorga conjugal na família homoafetiva Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de Souza	51
A (im)possibilidade de cessão integral de contrato administrativo por acordo entre particulares Maurício de Chateaubriand Lustosa Borges Pereira e Roberta Mariana Barros de Aguiar Corrêa	71
Cláusulas contratuais bancárias comerciais Luís Gustavo Franco	91
Empresário Individual e a EIRELI - Controvérsias e peculiaridades Leonardo da Silva Greff	131
A contratação e o registro digital no Programa Minha Casa Minha Vida: solução jurídica para atendimento do princípio constitucional da eficiência ou abertura para fraudes cibernéticas? A segurança jurídica nas transações digitais aos olhos do direito empresarial eletrônico Enliu Rodrigues Taveira	161
O procedimento de suscitação de dúvida no Registro de Imóveis Luciana Buksztejn Gomes	183
A prova no processo coletivo Wilson de Souza Malcher	197

Usando o Processo contra o Processo: Como o STF, por meio do RE 591.068, negou efetividade à sua própria súmula vinculante nº 1	
Damião Alves de Azevedo	211
Direito de edificar em solo urbano: as Áreas de Preservação Permanente e sua função de preservação ambiental	
Frederico Augusto Gomes	237
A crise econômica europeia e as transformações na organização do trabalho francês	
Nara Fernandes Bordignon e Susan Emily Lancoski Soeiro	255
O advogado empregado público: uma visão atual sob a ótica do Estatuto da Advocacia	
Gustavo Tanger Jardim	279
Da inaplicabilidade do artigo 475-J do CPC no processo do trabalho	
Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de Souza	303
Convenção 156 da OIT sobre responsabilidades familiares - Eventuais impactos da sua ratificação na legislação trabalhista brasileira	
José Antonio Martins Lacerda	319
PARTE 2 – JURISPRUDÊNCIA	
Superior Tribunal de Justiça	
Direito civil e constitucional. Direito de família. União estável e outorga uxória	365
Superior Tribunal de Justiça	
Ação rescisória. Fraude à execução. Insolvência do devedor. Presunção relativa à luz do art. 593, II, CPC. Ônus da prova	373
Tribunal Regional Federal da 4ª Região	
SFH. Condomínio residencial popular. Vícios construtivos. Ilegitimidade passiva ad causam da CAIXA	387
PARTE 3 – NORMAS EDITORIAIS DE PUBLICAÇÃO 395	

APRESENTAÇÃO

É com muito orgulho e satisfação que apresentamos o novo volume da Revista de Direito da Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal.

A Revista de Direito atualiza semestralmente o seu propósito de ser caminho de especialização e de estudos avançados, oferecendo ao leitor o que há de mais moderno e atual no que se refere aos temas objeto de atuação da área jurídica da Caixa Econômica.

Ao apresentar ao público o 18º volume da Revista de Direito, a ADVOCEF honra sua tradição e consagra o periódico jurídico dentre os de melhor qualidade e mais prestigiados do país, resultado do esmero e dedicação dos seus conselheiros e da variada gama de matérias de interesse público objeto da produção intelectual dos autores.

Os artigos, criteriosamente selecionados, demonstram que o periódico continua a primar pela qualidade, o que permite apresentar ao público investigações consistentes e compromissadas perante a comunidade científico-jurídica. Desse modo, se o objetivo é oferecer à revista estudos sérios e científicos – e não meras compilações ou resenhas de *tópos* ricos em mero dogmatismo –, resta evidente que se chega mais uma vez ao esperado, para regozijo daqueles que fazem a revista.

Merce especial registro o ingresso do ministro do Superior Tribunal de Justiça Antonio Carlos Ferreira no quadro de Conselheiros da Revista, o que reforça o desiderato de buscar a excelência do material a ser publicado. Afinal, é desejo da Revista de Direito da ADVOCEF estimular e promover o conhecimento dos temas relevantes da advocacia pública, tornando-se um mecanismo dinâmico para reflexão sobre os desafios e perspectivas desse importante ramo da área jurídica.

Convictos de que os textos publicados contribuirão para a socialização do conhecimento jurídico, agradecemos a todos os autores, certos de que o êxito deste periódico dependerá sempre dos advogados da Caixa e demais colaboradores, dispostos a presentear a comunidade jurídica com suas publicações.

Desejamos a todos boa leitura.

Diretoria Executiva

PARTE 1

ARTIGOS

Relativização dos critérios clássicos de solução de antinomia pela aplicação da teoria dos princípios

Iuri de Castro Gomes

Advogado da CAIXA na Bahia

Especialista em Direito do Estado pela Faculdade Baiana de Direito – Instituto Excelência (Juspodivm)

Mestrando em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia – UFBA

RESUMO

O presente estudo busca aferir se os critérios clássicos de solução de antinomia, quais sejam, especialidade, cronologia e hierarquia, sofrem o influxo da teoria dos princípios, permitindo, assim, que outros princípios/ponderações determinem qual norma antinômica deve prevalecer. Trata-se de trabalho teórico que se debruça sobre a antinomia e seus critérios clássicos de solução, a teoria dos princípios e sua relação com os conceitos lógico-jurídicos e jurídico-positivos, o positivismo e o pós-positivismo. A tese é que especialidade, cronologia e hierarquia são conceitos jurídico-positivos e, devido a tal circunstância, estão afetos a considerações axiológicas e ponderações, de tal sorte que é possível a inserção de uma cláusula de exceção nos critérios clássicos de solução de antinomia.

Palavras-chave: Antinomia. Critérios clássicos. Relativização. Teoria dos princípios.

ABSTRACT

This study aims to assess whether the classic solution of the antinomy criteria, including specialty, chronology and hierarchy, suffer the influx of the principles of the theory, thus allowing other principles/considerations determine which antinomian standard shall prevail. This is theoretical work, which focuses on the antinomy and its classic criteria of solution, theory principles and their relationship with the logical-legal and legal-positive concepts, positivism and post-positivism. The thesis is that specialty chronology and hierarchy are positive legal concepts and because of that fact are the affections axiological considerations and weightings in such a way that it is possible to insert a clause except the classical criteria of solution of the antinomy.

Keywords: Antinomy. Classical criteria. Relativization. Theory principles.

Introdução

A análise da antinomia e dos respectivos métodos de solução remonta à Antiguidade. Por isso mesmo, há uma espécie de consenso doutrinário no sentido de que existem apenas três critérios a solver a contradição entre regras: o hierárquico, o cronológico e o de especialidade.

Isso não significa, porém, que o tema esteja esgotado. A intenção deste ensaio é justamente trazer uma visão diferente a algo que muitos operadores do direito aceitam como verdadeiro dogma.

O percurso proposto é o seguinte. Primeiro será analisada a antinomia e seus critérios de solução na forma clássica, identificando-se os principais problemas dessa concepção. Depois, o marco teórico do trabalho, a teoria dos princípios, será destrinchado. Para haver rigor metodológico, a teoria dos direitos fundamentais desenvolvida por Robert Alexy constituirá a base do raciocínio, havendo referência a Humberto Ávila apenas naquilo em que ambos os autores convergirem.

Isso feito, demonstrar-se-á que especialidade, cronologia e hierarquia são conceitos jurídico-positivos e, devido a tal circunstância, estão afetos a considerações axiológicas e ponderações, de tal sorte que, a depender da antinomia a que se esteja defronte, é possível incluir, por meio do sopesamento, uma cláusula de exceção nos critérios clássicos. A fim de comprovar a tese, um exemplo corriqueiro, mas pouco percebido, de relativização dos critérios clássicos de solução de antinomia será exibido.

Destarte, a ideia fulcral é que, por serem conceitos jurídico-positivos, os critérios da especialidade, cronologia e hierarquia sofrem os influxos da teoria dos princípios, permitindo, assim, que outros princípios/ponderações determinem qual norma antinômica deve prevalecer.

Com tal tese, concilia-se ordem e segurança, promovidas pela previsão antecipada de critérios de solução de antinomia, com a justiça, já que eventuais iniquidades causadas pela incidência dos critérios clássicos podem ser sanadas pela aplicação da teoria dos princípios, identificando-se por meio de sopesamentos a norma prevalecente.

1 Antinomia na concepção clássica

Para os clássicos, é pressuposto do ordenamento jurídico a existência de duas ou mais regras. Contudo, é essa inevitável pluralidade normativa que ocasiona os principais problemas do próprio ordenamento, quais sejam: a unidade, a sistematicidade e a completude (BOBBIO, 1995, p. 34-35).

As indagações sobre a unidade e a completude, conquanto de alta relevância, não serão tratadas neste ensaio. Aqui interessa apenas a questão da sistematicidade do ordenamento jurídico do ponto de vista clássico.

Em um sentido mais técnico e preciso, diz-se que um ordenamento é um sistema porque nele são travadas relações internormativas de compatibilidade, de tal sorte que há uma exigência de coerência entre as regras que o integram (BOBBIO, 1995, p. 80).

Chama-se a situação patológica de incompatibilidade entre regras de um ordenamento de antinomia jurídica. É de frisar-se que, por não vislumbrarem normatividade e/ou eficácia jurídica nos princípios gerais do direito, bem como nos princípios constantes no ordenamento, os clássicos só entendem por antinomia a contradição entre regras. Logo, norma é sinônimo de regra; e a antinomia, por conseguinte, dá-se entre regras.

Mas no que bem consiste essa incompatibilidade? É o que se verá a seguir.

1.1 Definição de antinomia

Segundo Diniz (1998, p. 19), “antinomia é a presença de duas normas conflitantes, sem que se possa saber qual delas deverá ser aplicada ao caso singular”. O problema de tal conceito é sua demasiada amplitude, pois não se define efetivamente quando há conflito/antinomia.

De outra banda, com base nos modais deônticos, Bobbio (1995, p. 86) define antinomia como a “situação na qual são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento”. Nesse caso, delimitam-se as hipóteses em que há conflito, embora aquém das reais possibilidades.

Por isso que é a partir da estrutura clássica da regra jurídica – “dada uma situação hipotética X, deve ser Y” – que melhor se comprehende a essência da antinomia. A rigor, haverá antinomia quando normas com a mesma hipótese de incidência possuírem comandos inconciliáveis. Dessa feita, tem-se uma antinomia jurídica quando uma norma dispõe que “dado o substrato fático A, deve ser B”, enquanto outra preceitua que “dado o mesmo substrato fático A, deve ser C”, e ambos os comandos são excludentes entre si.

Tal relação de exclusão significa que, na antinomia, o destinatário das normas, para obedecer a uma, deve violar a outra, e vice-versa (FERRAZ JR., 2003, p. 210). Não fosse assim, ter-se-ia tão somente um acúmulo de comandos em relação a uma determinada

hipótese de incidência. São nesse sentido as lições de Kelsen (1998, p. 143), embora sem fazer referência expressa à estrutura da norma jurídica:

Um tal conflito de normas surge quando uma norma determina uma certa conduta como devida e outra norma determina também como devida uma outra conduta, inconciliável com aquela. Assim sucede, por exemplo, quando uma das normas determina que o adultério deve ser punido e a outra que o adultério não deve ser punido; ou quando uma das normas determina que o furto deve ser punido com a morte e a outra determina que o furto deve ser punido com a prisão (e, portanto, não é com a morte que deve ser punido).

Logo, está-se diante de uma antinomia quando, em relação a um caso específico, existem no ordenamento jurídico duas regras incompatíveis, quer dizer, impassíveis de conformação, seja porque impõem duas obrigações em sentido oposto, seja porque uma proíbe o que a outra permite/obriga, ou ainda seja porque uma obriga e a outra permite e não é possível conformar-se a uma sem violar a outra (PERELMAN, 1998, p. 54).

Compreendido o problema, é preciso passar para sua solução. Portanto, após visto em que consiste a antinomia do ponto de vista clássico, serão analisados os critérios tradicionais de solução do conflito normativo.

1.2 Critérios clássicos para solução de antinomia

Como a antinomia é uma situação indesejada, para a manutenção do caráter sistemático do ordenamento jurídico, impõe-se a eliminação de uma das normas contrastantes. Sobre isso não há qualquer dúvida. O que tem causado espécie, e sido objeto de estudo desde o Direito Romano, é a questão atinente a qual das normas deve ser mantida em detrimento daquela que será afastada.

Segundo Engisch (1988, p. 313-314), “a jurisprudência, com o decorrer dos séculos, elaborou a este propósito uma série de regras que servem para harmonizar as normas e, portanto, para evitar os conflitos entre elas”. São os exaustivamente conhecidos critérios da hierarquia, especialidade e cronologia.

1.2.1 Hierarquia

Lex superior derogat legi inferior. Quer dizer, a norma de nível hierárquico superior revoga a norma de nível inferior. Dito critério baseia-se na estrutura escalonada do ordenamento jurí-

dico elaborada por Kelsen e tem por fundamento o fato de as normas de nível inferior possuírem, em tese, um poder normativo menor que as normas hierarquicamente superiores (BOBBIO, 1995, p. 93).

Significa que, como a Constituição é a legítima representação da soberania popular, quanto mais distante o patamar normativo dessa vontade soberana, menor sua eficácia jurídica. Exatamente em função disso é que as normas superiores preponderam sobre as inferiores.

No ordenamento jurídico pátrio não há qualquer dúvida acerca desse escalonamento e, por conseguinte, da existência do critério da hierarquia, na medida em que a supremacia e a rigidez da Constituição Federal de 1988 revelam pelo menos dois níveis de normas: as constitucionais e as infraconstitucionais. Deveras, o controle de constitucionalidade praticado pelo Judiciário, sobretudo pelo Supremo Tribunal Federal, seja concreto ou abstrato, comprova a supremacia constitucional.

Há ainda a previsão de um terceiro degrau de normatividade no ordenamento pátrio. Com efeito, a competência do presidente da República, nos termos do artigo 84, IV, da Constituição, para expedir decretos regulamentando a fiel execução das leis revela a existência, pelo menos, de um terceiro patamar normativo.

1.2.2 Especialidade

Lex specialis derogat generali. Ou seja, a norma especial revoga a geral. Tal critério tem por fundamento a igualdade material, pois visa tratar situações desiguais na medida de suas desigualdades.

A razão de ser desse critério é simples. Entende-se que a norma especial deve prevalecer porque nela o legislador dá um tratamento diferenciado a fatos mais especificados, regulando a matéria atento às idiossincrasias, dando a cada um o que é seu, conforme a noção de justiça de Ulpiano.

Em consagração ao critério da especialidade, o artigo 2º, § 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro reza que “a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”. Daí se conclui também, como se verá a seguir, que no confronto entre os critérios da cronologia e especialidade prevalece o último.

1.2.3 Cronologia

Lex posterior derogat priori. Em outras palavras, a norma posterior derroga a norma anterior. Trata-se da noção jurídica básica

de que a vontade posterior revoga a precedente. Especificamente em relação à atividade legiferante, Kelsen (1998, p. 144) explica:

Como o órgão legislativo - v. g. o monarca ou o parlamento - é normalmente competente para a produção de normas modificáveis e, portanto, derrogáveis, o princípio lex posterior derogat priori pode ser considerado como incluído, co-envolvido, na atribuição da competência.

Aliás, quando se pensa na criação de normas, percebe-se facilmente que, por uma questão de progresso jurídico e adaptação do Direito às exigências sociais, a norma mais recente é a que deve prevalecer (BOBBIO, 1995, p. 93).

No direito positivo pátrio, o supracitado critério de resolução de antinomias está consagrado no artigo 2º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, o qual dispõe que “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior”.

Afora isso, ao garantir o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada como direitos fundamentais, a Constituição também acaba por consagrar o critério da cronologia. Ora, se a intenção é impedir a retroatividade da lei nova, é porque a norma mais recente deve prevalecer em face da mais antiga, pelo menos a partir de quando se inicia sua vigência.

1.3 Conflito entre critérios: antinomia de segundo grau

Nem sempre a aplicação isolada dos critérios da especialidade, hierarquia e cronologia tem o condão de resolver as antinomias jurídicas. É que, em determinados casos, os próprios critérios entram em conflito, já que mais de um pode ser aplicado. Cuida-se da chamada antinomia de segundo grau. Para resolver esse tipo especial de conflito normativo, desenvolveu-se uma ordem de preferência entre os critérios da especialidade, cronologia e hierarquia.

Assim, na antinomia entre uma norma anterior superior e uma norma posterior inferior, prevalece a anterior superior, uma vez que o critério hierárquico prefere ao cronológico. Isso porque, se o critério cronológico prevalescesse sobre o hierárquico, a norma superior deixaria de ser fundamento de validade da inferior, de tal sorte que a estrutura hierárquica do ordenamento teria fim (BOBBIO, 1995, p. 107-108).

Na contradição entre uma norma superior geral e uma inferior especial, prevalece a superior geral, porquanto o critério da hierarquia pretere o da especialidade. Apesar de haver alguma

recalcitrância, Bobbio (1995, p. 109), mesmo considerando a importância do critério da especialidade, entende que, caso fosse admitido que uma lei ordinária especial pudesse derrogar normas constitucionais, os princípios fundamentais do ordenamento rapidamente se esvaziariam de conteúdo.

No conflito entre uma norma anterior especial e uma norma posterior geral, prevalece a anterior especial, pois o critério da especialidade sobrepõe-se ao da cronologia.

Da análise das situações expostas, nota-se que o único critério com prevalência absoluta, em tese, é o da hierarquia. Com efeito, se normas especiais ou posteriores prevalescessem sobre aquelas da Constituição, a própria ordem hierárquica do direito seria violada, mitigando-se, por consequência, os direitos e garantias fundamentais (BOBBIO, 1995, p. 107-109).

1.4 Fundamento dos critérios clássicos de solução de antinomia

Servem os critérios clássicos de antinomia para conferir segurança jurídica ao ordenamento jurídico. Diante de um eventual conflito entre regras, pela aplicação dos critérios e dos metacritérios, já se sabe previamente a norma a ser seguida. Mas há hipóteses em que nenhum dos metacritérios consegue resolver a antinomia. Basta pensar em duas normas antinômicas contemporâneas, do mesmo nível e ambas gerais.

Percebe-se, pois, uma falibilidade na aplicação dos critérios clássicos. Mesmo se seguida a lógica por eles proposta, chega-se a um ponto em que a aplicação dos critérios não resolve a antinomia. Já se tem aqui um indício de que a aplicação inflexível da especialidade, da cronologia e da hierarquia leva a impasses absolutos e à injustiça.

A bem da verdade, a forma clássica de resolver o conflito normativo deixa em segundo plano as considerações acerca da justiça, por quanto não se questiona qual a norma melhor ou a mais justa. Conquanto se resolva o problema, não há uma preocupação com a correção da resposta. Também com esse pensar, Bobbio (1995, p. 93) afirma:

O que antinomia e injustiça têm em comum é que ambas dão lugar a uma situação que pede uma correção: mas a razão pela qual se corrige a antinomia é diferente daquela pela qual se corrige a injustiça. A antinomia produz incerteza, a injustiça produz desigualdade, e portanto a correção obedece nos casos a diferentes valores, lá ao valor ordem, aqui ao da igualdade.

Ora, se em todo ordenamento há uma tensão entre segurança jurídica e justiça, não seria diferente com a antinomia jurídica e seus critérios de solução. Há um verdadeiro paradoxo: a segurança jurídica exige a aplicação do direito positivo, mesmo quando este é injusto; e a justiça exige, em certas circunstâncias, que nos afastemos do direito positivo (ENGISCH, 1988, p. 320).

Nesse contexto, a aplicação inexorável dos critérios clássicos de solução de antinomia leva à manutenção da ordem, mas, a depender do caso concreto, pode afastar o ideal de justiça. Devido a tal fato, é preciso ter em mente que não são concebíveis verdades jurídicas absolutas, mas sempre certezas relativas e provisórias (SOARES, 2010, p. 71). Assim deve ser também com a especialidade, a hierarquia e a cronologia.

Para mitigar as distorções geradas pela incidência inflexível dos critérios clássicos, este ensaio propõe uma leitura da especialidade, cronologia e hierarquia à luz da teoria dos princípios de Robert Alexy, cujo conteúdo será perscrutado no tópico a seguir.

2 Teoria dos princípios

As concepções do que seja direito dependem da relação de prevalência existente entre ordem, eficácia social e justiça. Quando há um peso absoluto para a ordem e a eficácia social, há uma definição de direito lógico-jurídica e positivista. É o que acontece com a teoria de Kelsen, para quem qualquer conteúdo pode ser direito. De outro lado, o conceito de direito preocupado apenas com a correção do conteúdo normativo torna o reconhecimento, a interpretação e a aplicação do direito vigente uma árdua tarefa, em razão do caos (ALEXY, 2007).

É nesse contexto que se insere a concepção de direito de Robert Alexy – a teoria do discurso do Estado constitucional democrático –, cujo objetivo é buscar justiça, mantendo um mínimo de ordem e eficácia social. Trata-se de uma teoria pós-positivista, já que busca uma racionalização argumentativa dos valores constantes nas normas constitucionais, sobretudo naquelas relativas a direitos fundamentais.

Este ensaio, todavia, por uma questão de delimitação de objeto, restringir-se-á à parte da obra de Alexy (2012) em que há a distinção entre regras e princípios, a relação de tais normas entre si, bem como a conexão do modelo de princípios com valores. Em complementação às ideias de Alexy, ensinamentos de Ávila (2013) sobre a teoria dos princípios também serão utilizados naquilo em que não haja divergência entre os autores.

Pois bem. No seu ideal de direito, Alexy categoriza a norma jurídica, enquanto expressão do dever-ser, em regras e princípi-

os. Segundo a dicotomia, princípios são mandamentos de otimização, pois ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, podendo, em função disso, ser satisfeitos em variados graus (ALEXY, 2012, p. 90).

Nessa senda, os princípios não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*, porque da incidência de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso (ALEXY, 2012, p. 103-104). A bem da verdade, princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas, de tal sorte que não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas (ALEXY, 2012, p. 103-104).

É por serem mandamentos de otimização que os princípios implicam a máxima da proporcionalidade. A submáxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as submáximas de necessidade e de adequação decorrem na natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas (ALEXY, 2012, p. 116-120).

Regras, de seu turno, são determinações de âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível, de modo que são sempre satisfeitas ou insatisfeitas, na medida em que nelas há uma descrição precisa do que se exige, possuindo, portanto, uma determinação de extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas (ALEXY, 2012, p. 91).

Por certo, a distinção entre regras e princípio fica clarividente quando se analisa o comportamento das duas espécies de normas em caso de conflito: as regras entram em conflito na dimensão da validade, enquanto os princípios colidem na dimensão peso.

Explica-se. Em um conflito de regras, ou se insere uma cláusula de exceção para eliminar o conflito, ou se declara inválida uma das normas contraditórias, já que não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios possam coexistir (ALEXY, 2012, p. 92). Nesses casos, a solução para antinomia dá-se pelo uso dos critérios clássicos de solução de antinomias já estudados (ALEXY, 2012, p. 93).

Quanto às cláusulas de exceção, são elas incluídas em um processo de valoração de argumentos e contra-argumentos, isto é, de ponderação, em que o sopesamento feito pelo legislador é sobrepujado pela existência de razões contrárias que superem axiologicamente a razão que sustenta a própria regra (ÁVILA, 2013, p. 60). Nesse processo, todas as submáximas da proporcionalidade entram em cena para avaliar se a regra promove o princípio que a

inspira; se haveria meio distinto do previsto na regra que promovesse com igual intensidade o princípio perseguido, mas que interviesse menos nos princípios em tensão; e se as razões contrárias superam as razões que sustentam a regra. Aí estão, respectivamente, as submáximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Não se olvide que as regras são resultados de imprecisas generalizações feitas pelo legislador, de modo que alguns casos deixam de ser mencionados na hipótese de incidência e outros são mal incluídos (ÁVILA, 2013, p. 62). Portanto, a ponderação figura como instrumento de releitura da regra.

De outro giro, se dois princípios colidem, embora um deles tenha de ceder, isso não significa que o princípio será declarado inválido ou afastado. Com efeito, isoladamente considerados, os princípios conduzem a uma contradição, na medida em que um restringe as possibilidades jurídicas de realização do outro, mas, nas circunstâncias do caso concreto, há o estabelecimento de uma relação de precedência (ALEXY, 2012, p. 93-94).

A propósito, as condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência. É a chamada lei de colisão dos princípios, por meio da qual se reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização, ante a inexistência de relação absoluta de precedência e a sua referência a ações e situações não quantificáveis (ALEXY, 2012, p. 94-99).

Isso posto, fica mais fácil compreender a relação existente entre regras e princípios no ordenamento jurídico. Deveras, regra é uma razão para um juízo concreto de dever ser e, portanto, uma razão definitiva. Princípios são, ao contrário, razões *prima facie*. O caminho que vai do princípio à regra, ou seja, do direito *prima facie* até o direito definitivo, passa pela definição de uma relação de precedência, o que, segundo a lei de colisão, é a definição de uma regra (ALEXY, 2012, p. 106-108).

Nesse sentido, é possível afirmar que sempre que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, então esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto. Em outras palavras: o resultado do sopesamento de princípios é uma regra (ALEXY, 2012, p. 106-108).

É preciso atentar ainda para o fato de Alexy (2012, p. 144-153) equiparar o modelo de princípios ao de valores. Para o aludido autor, o modelo de princípios e o modelo de valores mostram-se, na sua essência, estruturalmente iguais, exceto pelo fato de o pri-

meiro situar-se no âmbito deontológico – daquilo que deve ser – e o segundo no âmbito axiológico, o âmbito do bom. Tanto axiologicamente quanto deontologicamente, buscam-se critérios para otimização, seja no que é bom, seja no que deve ser. No final das contas, ao sopesar-se princípios está-se, por via oblíqua, ponderando valores.

3 Aplicação da teoria dos princípios aos critérios clássicos de solução de antinomia

Delineados os contornos gerais da teoria dos princípios, cumple agora, como prometido, aplicar tal concepção de direito aos critérios clássicos de solução de antinomia. Há, contudo, um pressuposto básico para que a teoria dos princípios possa operar diante da especialidade, da hierarquia e da cronologia: serem ditos critérios jurídico-positivos, e não lógico-jurídicos.

Conceito é uma forma de pensamento com a qual se apreende de um sentido de determinado dado conteudístico (ÁVILA, 2010, p. 176). Destarte, é um elemento essencial ao direito, porquanto possibilita a compreensão dos objetos jurídicos cognoscíveis.

Na ciência jurídica, os conceitos podem ser lógico-jurídicos ou jurídico-positivos. O emprego mais famoso dessa classificação foi realizado por Hans Kelsen. O jurista austríaco tratava a constituição em dois planos. Em um estava a norma hipotética, fundamento transcendental de validade de todo o sistema; no outro, a constituição positiva, a prevista no ordenamento jurídico. O primeiro plano é o lógico-jurídico; o segundo é o jurídico-positivo (SILVA NETO, 2006, p. 28-29).

Na doutrina pátria, Borges (1999, p. 94-95), abordando o tema do lançamento tributário, é quem melhor apresenta o caráter dicotômico dos conceitos. Para ele, jurídico-positivos são conceitos que somente podem ser apreendidos *a posteriori*, empiricamente, após o conhecimento de um determinado direito positivo, aplicáveis, portanto, a um âmbito de validade restrito ao espaço e ao tempo.

Reputar um conceito como jurídico-positivo, nessa senda, significa ser ele resultado da análise do direito positivo, ou seja, do conjunto de regras e princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis em um determinado Estado (GARRIDO, 2006, p. 130).

Quanto aos conceitos lógico-jurídicos, pelo brilhantismo, basta a transcrição das palavras de Borges (1999, p. 94-95) para entender seu significado:

Contrapõem-se os conceitos lógico-jurídicos. São estes obtidos *a priori*, com validade constante e permanente,

sem vinculação, portanto, com as variações do Direito Positivo. [...]

Os conceitos lógico-jurídicos constituem pressupostos fundamentais para a ciência jurídica. Entre esses pressupostos essenciais estão as noções de direito subjetivo, dever jurídico, objeto, relação jurídica etc. Correspondem, pois, à estrutura essencial de toda norma jurídica. Conseqüentemente, não são exclusivos de determinado ordenamento jurídico, mas comum a todos. Não são dados os conceitos lógico-jurídicos empiricamente, porque são alheios a toda experiência. São necessários a toda realidade positiva, efetivamente existente, historicamente localizada ou apenas possível, precisamente porque funcionam como condicionantes de todo pensamento jurídico.

Dedutíveis a partir de uma lógica pura e formal fundada na razão/pensamento, independem tais conceitos da experiência, nada informando sobre o conteúdo concreto da norma jurídica, o que justamente os torna universais e absolutos (GARRIDO, 2006, p. 131-136).

Não se trata, porém, de classificação inútil. A utilização de uma ou outra espécie de conceito denota o perfilhamento de correntes hermenêuticas e jusfilosóficas bem distintas: os conceitos lógico-jurídicos estão jungidos ao positivismo, enquanto os jurídico-positivos estão atrelados ao pós-positivismo.

Em breve síntese¹, na linha de intelecção de Dimoulis (2006, p. 276), positivismo jurídico em sentido estrito é a teoria do direito segundo a qual a validade e a interpretação das normas jurídicas do direito posto independem de valores morais/políticos. Para o aludido paradigma, o objeto de estudo do direito não compreenderia a avaliação moral, não interessando os valores consagrados pelo direito positivo, mas tão somente sua forma (DIMOULIS, 2006, p. 100-101). Isso porque o conteúdo do direito é infinitamente variado, dada sua capacidade de regular qualquer conduta humana, de modo que não interessaria o que ele estabelece, e sim como atua (BOBBIO, 1995, p. 145).

Dessa forma, se de um lado o positivismo jurídico olvida o problema da justiça, de outro prioriza as preocupações com os valores da ordem e segurança, subordinando o exame da legitimidade do direito à especial observância dos critérios de validez formal que presidem a produção das normas jurídicas (SOARES, 2010, p. 52).

¹ *Não se quer aqui esgotar os caracteres e peculiaridades do positivismo e do pós-positivismo. Para os fins deste ensaio, é suficiente a diferença mais relevante entre as correntes, qual seja, o distanciamento entre direito e moral no positivismo e sua ulterior reaproximação com o paradigma pós-positivista.*

Deveras, procedeu a corrente positivista, influenciada pela concepção puramente experimental das ciências naturais, a um verdadeiro recorte metodológico, a fim de reduzir o objeto jurídico à fração possível de ser analisada com neutralidade: o aspecto lógico.

Com isso, depreende-se que os conceitos lógico-jurídicos são obtidos justamente por meio do positivismo metodológico, método de estudo do direito baseado na neutralidade, que emprega critérios avalorativos para descrever o sistema jurídico (DIMOULIS, 2006, p. 100). Aliás, é lícito afirmar que os conceitos lógico-jurídicos representam o maior refinamento do positivismo, pois, de tão neutros, explicam estruturas lógico-formais presentes em todos os ordenamentos jurídicos.

Acontece que, por serem neutros, formais e sem correlação com o conteúdo da norma, não servem os conceitos lógico-jurídicos à aplicação do direito. Como bem lembra Larenz (1997, p. 315), embora a observância das regras lógicas seja uma condição fundamental de todo pensamento, uma doutrina que se satisfizesse com a explanação das relações lógicas contribuiria para a solução dos problemas jurídicos tanto como nada.

Com base em sua teoria da argumentação, Perelman (1998, p. 5) chega à mesma conclusão, aduzindo que, apesar de a análise das diferentes aplicações das leis e das regras lógicas universais nos diversos campos dos saberes jurídicos ser bastante interessante, é vão tentar estudar uma lógica jurídica no sentido próprio do termo, pois ela não existe.

Já o pós-positivismo consiste em um modelo de interpretação e aplicação do direito que envolve o recurso permanente a instâncias intersubjetivas de valoração, cujos dois pilares básicos são o estabelecimento de uma interconexão entre direito, moral e política e o desenvolvimento de uma crítica contundente à concepção formalista e axiologicamente neutra do positivismo jurídico (SOARES, 2010, p. 72 e 112). Nessa senda, é o magistério de Barroso (2006, p. 27-28):

O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais. [...] O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregna-

ra o Direito. [...] Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade. O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito.

Isso significa que o paradigma pós-positivista reaproxima o direito da moral. O conteúdo do direito, ou seja, os valores sociais petrificados nas normas jurídicas, passa a ser o ponto fulcral do problema jurídico. Busca-se um ideal de justiça, mas o ordenamento jurídico é mantido como o ponto de partida para a resolução das controvérsias, afinal é nele que estão consagrados os valores relevantes de determinada comunidade.

Assume o modelo pós-positivista que o legislador, ao estatuir uma norma, seja uma regra ou um princípio, guia-se por considerações de justiça e oportunidade determinadas, em última instância, por valorações, as quais devem ser desvendadas pelo intérprete para lhe precisar o alcance, uma vez que a teoria e a aplicação do direito compreendem um pensamento orientado a valores (LARENZ, 1997, p. 298-299).

Ao contrário do que ocorre na lógica formal propugnada pelo positivismo, na qual se busca tornar a conclusão uma decorrência causal de premissas preestabelecidas, no pós-positivismo os resultados interpretativos não derivam de demonstrações científicas, mas de deliberações e controvérsias que dizem respeito aos meios de persuadir e de convencer pelo discurso, de criticar as teses do adversário, de defender e justificar as suas próprias, valendo-se de argumentos mais ou menos fortes (PERELMAN, 1998, p. 2 e 243).

Por serem retirados do conteúdo da norma jurídica, isto é, do valor nela impregnado, os conceitos jurídico-positivos, diferentemente dos lógico-jurídicos, prestam-se à resolução dos casos concretos, e não à construção de meros teoremas lógico-formais. Servem, pois, à imediata aplicação do direito, pelo que se aproximam da teoria pós-positivista.

A propósito, se no positivismo há um recorte metodológico, no pós-positivismo há um alargamento do objeto de estudo. Apropriando-se de elementos da teoria tridimensional do direito proposta por Reale (2002), é possível asseverar que o objeto do direito, com o pós-positivismo, passou a ser o fato, o valor e a norma.

Dito isso, a questão que se põe é a seguinte. Se lógico-jurídicos, os critérios da especialidade, hierarquia e cronologia aplicam-se de forma absoluta; afinal, a lógica é neutra, não comportando relativizações. Por outro lado, caso tais critérios sejam jurídico-posi-

tivos, sofrem eles o influxo de considerações axiológicas, o que permite ponderações e mitigações.

Firmadas essas premissas, conclui-se que, não obstante a antinomia seja um conceito lógico-jurídico, porquanto passível de existência em qualquer ordenamento jurídico, os critérios clássicos de solução são jurídico-positivos.

Como visto em ponto anterior, a ideia de ordenamento jurídico, ou seja, de pluralidade normativa, conduz inevitavelmente à questão da sistematicidade e, por conseguinte, do conflito normativo. Destarte, a antinomia pode ser entendida como um conceito universal, absoluto e neutro. Trata-se de um problema ínsito aos ordenamentos jurídicos.

O mesmo não ocorre, porém, com os critérios de solução de antinomia. Os critérios de resolução podem ser os mais variados, devendo cada ordenamento eleger os mais apropriados. Já houve o tempo em que o critério da norma mais favorável ao cidadão era o aplicado. No entanto, os mais afamados e mais utilizados são os da hierarquia, da cronologia e da especialidade.

Registre-se que cada critério clássico de solução busca a concretização de um princípio/valor. A especialidade persegue a igualdade. A hierarquia visa ao princípio formal da soberania popular. A cronologia perscruta a adaptação do direito às exigências sociais, ou seja, busca a norma justa. Em razão disso, quando se fala em conflito entre os critérios de solução, o que se está ponderando são justamente os princípios que embasam cada um dos critérios.

Ora, se os critérios de solução de antinomia representam valores e princípios, é porque se inserem no âmbito dos conceitos jurídico-positivos. Diniz (1998, p. 33 e 52) compartilha de pensamento semelhante ao aqui exposto:

Tais critérios não são princípios lógicos, assim como o conflito normativo não é uma contradição lógica. São critérios normativos, princípios jurídico-positivos, pressupostos implicitamente pelo legislador, apesar de se aproximarem muito das presunções.

[...] os referidos critérios não são axiomas, visto que gravitam ao lado de considerações valorativas, fazendo com que a lei seja aplicada de acordo com a consciência popular e com os objetivos sociais. Portanto, excepcionalmente, o valor *justum* deve lograr entre duas normas incompatíveis.

Seguindo o mesmo raciocínio, Engisch (1988, p. 314) explica que os critérios de solução de antinomia não são uma evidência lógica, na medida em que, certas vezes, topam com dificuldades de ordem teórica, a exemplo das antinomias de segundo grau.

Todavia, no caso do ordenamento pátrio, o caráter jurídico-positivo dos critérios da especialidade, cronologia e hierarquia está estreme de dúvida. Os dois primeiros estão previstos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ao passo que o último pode ser inferido da Constituição de 1988. São verdadeiras regras com pretensão de definitividade.

A consequência de os critérios clássicos serem conceitos jurídico-positivos, ou melhor, regras positivadas, é a possibilidade de superação da especialidade, da cronologia e da hierarquia, bem como dos metacritérios, a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto. Dito de outra forma: dadas as circunstâncias fáticas e jurídicas presentes no caso concreto em antinomia, é viável incluir cláusulas de exceção em tais critérios e, a partir daí, escolher entre as normas conflitantes aquela que, embora não seja especial, posterior ou superior, represente a correta ponderação de princípios.

Na aplicação dos critérios clássicos de solução de antinomia, não raro as imprecisas generalizações feitas pelo legislador deixam de incluir casos na hipótese de incidência ou incluem mal outros fatos. A circunstância deve-se à exacerbada generalidade da hipótese de incidência dos critérios clássicos, cuja aplicação depende somente da existência de uma antinomia e da análise da posterioridade, da superioridade ou da especialidade da norma. O conteúdo das normas em conflito, todavia, é relegado, de modo que não entra em debate a apreciação da ponderação que cada regra conflitante representa. Mais um motivo para entender-se que, sendo jurídico-positivos, os critérios clássicos de solução de antinomia, não obstante sua pretensão de definitividade, são relativos.

O que se vê diuturnamente, porém, na prática do direito, é a aplicação de tais critérios como se conceitos lógico-jurídicos fossem. Os operadores aplicam-nos de forma matemática e impensada, obedecendo de forma absoluta tanto aos critérios quanto aos metacritérios. O resultado é a aplicação de normas injustas, destoantes da mais acertada ponderação dos princípios constitucionais.

Na verdade, os critérios clássicos de solução de antinomia aparecem ser conceitos lógico-jurídicos por serem máximas, isto é, verdades gerais em forma de frases concisas, sínteses breves resultantes da experiência e da tradição, cujo crédito deve-se a sua antiguidade e a sua forma lapidar, mas que não levam em conta as exceções e ignoram a evolução do direito, daí por que, por vezes, são incompletas, imprecisas e até mesmo diretamente contrárias à lei (PERELMAN, 1998, p. 119-121).

Afora isso, a aplicação dos critérios clássicos de solução de antinomia como se fossem conceitos lógico-jurídicos serve também para que magistrados esquivem-se do ônus argumentativo e do dever de proceder à valoração das questões que lhes são postas. Nesses casos, decide o julgador arbitrariamente, de acordo com o seu convencimento íntimo, e, para legitimar sua conclusão, aplica um dos critérios de solução de antinomia.

À evidência, a tese aqui perfilhada não é meramente acadêmica; pelo contrário: embora sem o necessário rigor técnico, em determinados ramos do direito já se enxerga os critérios clássicos de solução de antinomia sob o prisma da teoria dos princípios.

No direito do trabalho, há um exemplo cabal de inserção de cláusula de exceção nos critérios da especialidade, da cronologia e da hierarquia. Cuida-se da aplicação na seara justrabalhista da norma mais favorável ao trabalhador.

Dita forma de resolver a antinomia trabalhista não encontra previsão em regra positivada, muito embora alguns doutrinadores insistam em afirmar que ela dessume-se da parte final do artigo 7º, *caput*, da Constituição Federal: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”.

Na verdade, na seara trabalhista, haja vista a situação de vulnerabilidade que o empregado encontra-se em relação ao empregador, dá-se um peso muito maior ao princípio da proteção do trabalhador, corolário da igualdade material, do que a outros princípios.

Por isso que no direito do trabalho a antinomia é resolvida observando-se o conteúdo das normas em conflito, isto é, observando-se aquela que melhor atenda aos interesses do empregado. Com efeito, o peso do princípio da proteção ao trabalhador é tão grande que entre uma norma constitucional pouco protetiva e um regulamento patronal mais protetor prevalece o último. Alerte-se, contudo, que, da mesma forma que a regra, a exceção também não pode ser absoluta, de modo que o critério da norma mais favorável ao trabalhador pode ceder em razão da existência de princípios mais importantes no caso concreto.

O que se quer demonstrar é que a doutrina, talvez sem sequer perceber, já se utiliza da ponderação e da relativização dos critérios clássicos de solução de antinomia para resolver de forma justa os conflitos normativos. Aliás, a tão festejada teoria do diálogo das fontes, sob o pretexto de harmonizar e coordenar as normas do ordenamento jurídico, em vez de evitar a ocorrência de antinomias, na verdade, relativiza os critérios clássicos de solução de antinomia em razão de ponderações.

Com isso, resta sobressaltado o caráter jurídico-positivo dos critérios clássicos de solução de antinomia e, via de consequência, a possibilidade de relativização de tais critérios, inserindo-se cláusulas de exceções, a depender das circunstâncias fáticas e jurídicas existentes, tudo para, ante a antinomia, prevalecer a norma mais condizente com a indispensável ponderação dos direitos fundamentais.

Assim se chega a um meio-termo entre segurança e justiça. Com efeito, os critérios clássicos de solução de antinomias, na condição de regras jurídico-positivas, conferem segurança e ordem ao sistema ao determinar uma solução apriorística; enquanto eventuais iniquidades causadas pela aplicação da especialidade, cronologia e hierarquia são resolvidas casuisticamente por meio de ponderações.

Conclusão

1. Do ponto de vista clássico, por não se entender princípio como norma, a antinomia só ocorre entre regras, devendo ser resolvida pelos critérios da especialidade, da cronologia e da hierarquia, cujo desiderato é conferir ordem e segurança à aplicação do direito.

2. Os critérios clássicos de solução de antinomia podem ser relativizados pela aplicação da teoria dos princípios, forma axiológica de se entender o direito, cujo desiderato é alcançar a justiça. Na teoria dos princípios, as normas jurídicas subdividem-se em princípios e regras. Princípios são mandamentos de otimização, pois ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Regras, de seu turno, são determinações de âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.

3. Para a teoria dos princípios, pode-se incluir uma cláusula de exceção em uma regra, desde que o processo de valoração de argumentos e contra-argumentos feito pelo intérprete, isto é, de ponderação, sobrepuje o sopesamento inicialmente feito pelo legislador, haja vista a existência de razões contrárias que superem axiologicamente a razão que sustenta a própria regra.

4. Os critérios da especialidade, cronologia e hierarquia são relativizáveis pela teoria dos princípios por serem conceitos jurídico-positivos, e não lógico-jurídicos. São jurídico-positivos porque representam valores e princípios e estão previstos explícita ou implicitamente pelo ordenamento pátrio.

5. Dado o caráter jurídico-positivo, é viável incluir cláusulas de exceção nos critérios da especialidade, cronologia e hierarquia e, a partir daí, escolher entre as normas conflitantes aquela que, embo-

ra não seja especial, posterior ou superior, represente a correta ponderação de princípios.

6. No direito do trabalho, há um exemplo cabal de inserção de cláusula de exceção nos critérios da especialidade, da cronologia e da hierarquia. Cuida-se da aplicação na seara justrabalhista da norma mais favorável ao trabalhador, pela qual se inclui uma cláusula de exceção nos critérios clássicos de solução de antinomia para preservar princípio que tem mais peso no caso concreto, o da proteção do trabalhador, corolário da igualdade material.

7. Com a aplicação da teoria dos princípios aos critérios clássicos de solução de antinomia, chega-se a um equilíbrio entre segurança e justiça. Com efeito, os critérios clássicos de solução de antinomia, na condição de regras jurídico-positivas, conferem segurança e ordem ao sistema ao determinar uma solução apriorística; enquanto eventuais iniquidades causadas pela aplicação da especialidade, cronologia e hierarquia são resolvidas casuisticamente por meio de ponderações.

Referências

- ALEXY, Robert.** *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.
- _____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- ÁVILA, Humberto.** *Sistema Constitucional Tributário*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14^a ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BARROSO, Luís Roberto.** *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo)*. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 27-28.
- BOBBIO, Norberto.** *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior; trad. Maria Celeste C. J. Santos; rev. téc. Cláudio de Cicco. 6^a ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.
- BORGES, José Souto Maior.** *Lançamento Tributário*. 2^a ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- DIMOULIS, Dimitri.** *Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico*. São Paulo: Método, 2006. v. 2.
- DINIZ, Maria Helena.** *Conflito de normas*. 3^a ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1998.
- ENGISCH, Karl.** *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio.** *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 4^a ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GARRIDO, José Antônio. *Sobre os conceitos lógico-jurídicos e os conceitos jurídico-positivos. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA*, Salvador, n. 13, p. 125-138, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 6^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3^a ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: nova retórica*. Tradução de Virginia Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27^a ed. Ajustada ao Novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de Direito Constitucional*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2010.

O Direito e a Psicanálise: a interdisciplinaridade na análise do descumprimento da norma jurídica. Momento da cogitação no *iter criminis*. Conhecimento de si mesmo.

Gouvan Linhares Lopes

Advogado da CAIXA no Ceará

Graduado em Filosofia, em Psicologia e

em Ciências Econômicas

Pós-Graduado em Direito Público e Privado

Floriano Benevides de Magalhães Neto

Advogado da CAIXA no Ceará

Graduado em Ciências Econômicas

Pós-graduado em Direito Tributário,

em Administração Pública e

em Direito Empresarial

RESUMO

Este trabalho é fruto da constatação da relação entre as diversas abordagens da realidade, a partir da Filosofia, do Direito e da Psicologia, sobre a compreensão do descumprimento das normas jurídicas na sociedade atual e originou-se da ideia de aprofundar a compreensão dessa questão, buscando entender como a Filosofia, em sua tentativa de compreensão de realidade, e a Psicanálise, como teoria que busca a compreensão do funcionamento psíquico do homem prevendo comportamento, podem explicar o descumprimento das normas jurídicas, como regulação da vida em sociedade. Procura-se mostrar, inicialmente, o pensamento de Kant quanto à obrigatoriedade do cumprimento da norma jurídica e norma moral. Posteriormente, levanta-se a questão quanto ao descumprimento da norma jurídica, através da prática do delito que contraria bens jurídicos valorados pelo Direito. Quanto à prática do delito e seu agente, esboça as indagações quanto às causas que levaram a tal comportamento, o momento inicial do caminho do delito (*iter criminis*), nominado de fase de cogitação, o lugar do conflito psíquico e as forças que atuam na escolha, a partir do funcionamento psíquico freudiano (id, ego e superego). Do cotejo dessas

visões, constata-se a importância da compreensão do conceito de homem em Freud na tentativa de explicar a subjetividade humana.

Palavras-chave: *Iter criminis*. Interdisciplinaridade. Psicanálise. Filosofia.

ABSTRACT

This article is the result of the relationship between the Philosophy, Law and Psychology on the understanding of the failure of legal norms in society. This study was originated from the idea of seeking how Philosophy and Psychoanalysis try to reveal the psychological functioning of man predicting behavior, explaining the failure of the legal rules such as regulation of society. Initially, it will be shown the theory of Kant regarding the obligation to comply with the legal and moral norms. Subsequently, the study of the offenses which contradicts legal Law and this agent, inquiring into the causes that led to this behavior, the initial moment the way the offense (*iter criminis*), the place of psychic conflict and the forces acting on choice, from the Freudian psychological functioning (id , ego and superego). Therefore, it notes the importance of the concept of man in Freud in an attempt to explain human subjectivity.

Keywords: *Iter criminis*. Interdisciplinarity. Psychoanalysis. Philosophy.

Introdução

A compreensão sobre o conceito de homem é tema recorrente ao longo da história da humanidade, com seus primórdios tanto no período mítico como no surgimento da Filosofia na Grécia.

A Filosofia não é atividade apenas para pensadores isolados, mas sim o questionamento, no cotidiano, sobre a vida, o mundo e o lugar do homem no universo, buscando respostas pelo uso da razão, de acordo com as seguintes lições:

A filosofia não é apenas atividade de pensadores bri-lhantes porém excêntricos, como popularmente se pensa. Filosofia é o que todos fazemos quando estamos livres de nossas atividades cotidianas e temos uma chance de nos perguntar: o que é a vida e o universo (NASIO, 2012a, p. 12).

Além da pergunta sobre a vida e o mundo, outra pergunta fundamental é a indagação de quem somos nós, com a pergunta “Quem sou eu?”, feita desde Sócrates, na Grécia antiga. Sócrates

acreditava que a função mais importante da filosofia era tornar a pessoa mais feliz via autoanálise e autoconhecimento.

Essas questões, com o desenvolvimento da Psicologia, passaram a ser objeto de pesquisa e reflexão neste trabalho de natureza interdisciplinar que envolve questões do Direito e da Psicologia.

Afinal, como é possível conhecer a si mesmo? Qual a importância desse conhecimento para o cumprimento ou não das normas jurídicas no momento da cogitação do caminho do crime (*iter criminis*), em que o sujeito decide a prática ou não de um delito?

O debate e questionamento sobre a natureza humana e a estruturação da sociedade através de regras e normas pelo Direito, como corolário lógico dessa busca pela felicidade, foram feitos pela Filosofia ao longo de sua história.

No Direito, temos a norma do dever-ser, segundo a qual o homem tem a liberdade de cumprir ou não as regras do direito positivo, mas, se não cumprir, ser-lhe-á aplicada a sanção, que é o modo de se aplicar a coercitividade do Estado.

Neste estudo, aprofundando a questão, discutimos também o mecanismo da decisão íntima do agente em não cumprir a norma e o que leva uma pessoa a agir desse modo na sociedade.

O objeto deste artigo, à luz das perguntas levantadas, perpassa por várias indagações de ordem filosófica, jurídica e psicológica, entre outros ramos, mas em seu final retorna à antiga questão humana do conhecimento de si mesmo e sua importância, nesse caso, para evitar a prática do delito e do descumprimento da norma jurídica, de forma que o agente saiba o que está fazendo e quais as forças psíquicas que atuam no momento da cogitação desse comportamento.

Quando a Psicologia passou a utilizar o método científico no estudo da alma, surgiram várias teorias sobre a compreensão do homem e explicação do fenômeno psíquico que acompanha a própria história dessa ciência.

Baseado nessa preocupação recorrente de compreensão do humano, este trabalho explorou a controvérsia em torno da desobediência das normas jurídicas, utilizando a estruturação psíquica teorizada por Freud, com uma divisão entre id (princípio do prazer), ego (contemporizador) e superego (princípio da realidade). No superego, como demonstrado, encontra-se a internalização das normas sociais, inclusive do Direito, assim como dos valores morais do indivíduo.

Visa o presente texto propiciar ao leitor uma compreensão desse fenômeno em determinado momento do caminho do crime, ou seja, na fase de cogitação do *iter criminis* (embora seu raciocínio seja aplicado às outras fases), da desobediência das normas jurídicas, sem, no entanto, exaurir o tema, utilizando a interdisciplinaridade, a partir

de um conceito de homem em Freud, visando a um melhor posicionamento individual.

1 A interdisciplinaridade na análise do descumprimento da norma jurídica

A compreensão sobre o homem e seu modo de existir na forma de estruturação da sociedade, embora tema da Psicologia, também foi objeto de estudo e debate da Filosofia e do Direito. Confira-se:

Muitos temas examinados pela psicologia moderna já eram objeto de debate da filosofia bem antes do desenvolvimento daquilo que hoje entendemos por ciência. Os primeiros filósofos da Grécia antiga já procuravam respostas sobre o mundo que nos rodeia, sobre nosso modo de pensar e agir. Desde então, não cessou o debate sobre questões como consciência e ser, mente e corpo, conhecimento e percepção, como estruturar a sociedade e viver bem (NASIO, 2012b, p. 16).

A partir do entendimento de Kant sobre a obrigatoriedade do cumprimento da norma jurídica pelo Direito que é coercitivo, busca-se, a partir de uma visão psicanalítica, entender o que causa o descumprimento dessa norma através da prática do delito, assim como quais são as forças que atuam no momento da escolha no pensamento do agente.

Pela melhor e maior compreensão do conceito de homem e seu funcionamento, através do desenvolvimento de uma prática de observação, objetiva-se propiciar a articulação dos conhecimentos, competências, habilidades e atitudes que possibilitem a formulação de propostas e tentativas individuais para o enfrentamento da criminalidade.

Na ciência jurídica, temos a norma, como forma de veicular o direito, formulada a partir dos fatos sociais, devidamente valorados. Como características destacam-se a bilateralidade, a disjunção e a sanção.

A bilateralidade dispõe que existe norma do Estado para as pessoas individuais, não havendo norma para si mesmo. A disjunção preconiza o mundo do dever-ser: a pessoa não é obrigada a cumprir a norma, mas, se descumprir, ser-lhe-á imputada sanção, que é a maneira de a norma se fazer cumprir.

Coube a Hans Kelsen, em sua obra *Teoria Pura do Direito*, e depois a Carlos Cossío, por meio de sua escola egológica, incluir o Princípio da Ilícitude no Direito. Como forma de regular o homem na sociedade, temos a sanção, que, para Kelsen, é fundamental à norma jurídica:

A norma kelseniana assume a forma de um juízo hipotético, expresso nos seguintes termos: dada a não-prestação, deve ser a sanção; dado o fato temporal, deve ser a prestação. [...] A maneira exclusiva, portanto, de uma conduta penetrar no mundo do Direito é ser-lhe imputada uma sanção, donde o destaque ímpar ao ilícito. E nisso consistiu o giro doutrinário do fundador da Teoria Pura. Com ele, e depois dele, o ilícito vai ocupar posição intra-sistemática no Direito (VASCONCELOS, 1986, p. 38).

Porém não é somente o ilícito que interessa ao Direito. Conforme Vasconcelos (1986, p. 39), Carlos Cossio complementa e retifica a análise de Kelsen:

A conduta ilícita, que é indubidousamente jurídica, também interessa ao Direito, mas não com exclusividade. Vale examinar não apenas como o Direito se afirma, mas, igualmente, como se mantém. A forma do juízo normativo cossiano importa uma disjunção, a saber: dada uma situação coexistencial, deve ser a prestação, ou dada a não prestação, deve ser a sanção.

Quanto à ordem moral, não existe coerção, e sim o remorso, o arrependimento, a própria consciência. Como afirma Reale (2007, p. 44):

É o mundo da conduta espontânea, do comportamento que encontra em si próprio a sua razão de existir. [...] Não é possível conceber-se o ato moral forçado, fruto da força ou da coação. [...] A moral, para realizar-se autenticamente, deve contar com a adesão dos obrigados. Quem pratica um ato, consciente da sua moralidade, já aderiu ao mandamento a que obedece.

A principal distinção entre a norma jurídica e a norma moral é a existência da coercibilidade. Tanto o Direito como a Moral ordenam a conduta humana em sociedade, mas as normas jurídicas buscam o bem comum, uma harmonização do bem individual com o bem de todos. A sanção é a garantia do cumprimento das regras.

O Direito contém um aspecto normativo, como ordenamento; um aspecto fático, como suas questões sociais e históricas; e um aspecto axiológico, como sentimento de justiça. De acordo com Reale (2007, p. 67):

neste enunciado: Direito é a realização ordenada e garantida do bem comum numa estrutura tridimensional bilateral atributiva, ou, de forma analítica: Direito é a ordenação heterônoma, coercível e bilateral atributiva

das relações de convivência, segundo uma integração normativa de fatos segundo valores.

Porém, mesmo assim a norma jurídica é descumprida, de forma que a sanção aparenta à população ser ineficaz e o aparelho estatal não se mostra adequado a torná-la obrigatória, razão por que se passa à análise psicológica do infrator, buscando as causas internas desse descumprimento.

2 O momento da cogitação no *iter criminis* e o aspecto volitivo

Freud destaca os aspectos destrutivos do homem hostil e antissocial e a necessidade de coibir e controlar o indivíduo através de um controle coercitivo imposto pelo Estado.

Pela análise do fato jurídico e psíquico da prática do delito conceituado pelo Direito, buscando sua compreensão pela Psicanálise a partir do conceito de homem freudiano e dos processos psíquicos que determinam seu comportamento, pergunta-se: o que aconteceu a nível psicológico para o sujeito cumprir ou não as normas jurídicas? Quais as causas desse ato? Em que momento, no caminho do crime (*iter criminis*), ele decidiu sua prática e faltou repressão necessária?

Logo, inicialmente, é necessário entender os motivos do cumprimento da norma jurídica que se distingue da norma moral, para, posteriormente, inferir-se as causas do descumprimento daquela, no sentido da prática do delito.

Kant foi um filósofo que se ocupou do estudo da distinção entre direito e moral, assim como dos motivos do cumprimento dessas normas, especialmente em sua obra *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*, datada de 1797.

Nesse sentido, do cumprimento das normas, citado filósofo assevera que, enquanto a norma moral é de ordem interna e cumprida devido ao sujeito aceitar o mandamento como certo, a norma jurídica é de ordem externa, heterônoma e deve ser cumprida independente dessa vontade interna, como limitação de liberdade individual e do arbítrio, visando à coexistência pacífica entre todos, inclusive usando a coerção que é inerente ao Direito, conforme as seguintes lições:

O direito estrito fundamenta-se sem dúvida na consciência da obrigação de cada um adequar-se à lei; [...] esse direito apoia-se unicamente sobre o princípio da possibilidade de uma coerção externa que possa coexistir com a liberdade de cada um, segundo as leis gerais (KANT, 2003, p. 55).

Destarte, o cumprimento da norma jurídica pelo sujeito ocorre independentemente de sua convicção íntima sobre sua observância, como acontece com a norma moral, e, em caso de descumprimento, o Direito usará da coerção.

Como indicado nas lições acima, nem sempre o sujeito tem consciência da obrigação de adequar-se à lei, sentindo-se compelido à prática de delitos/atos externos, ensejando seu descumprimento, mesmo diante do uso da coerção própria do Direito, devido à liberdade individual.

Logo, tem-se que o Direito e a Psicanálise atuam em momentos distintos do comportamento humano. O Direito, em seus atos externos, e a psicanálise analisa os impulsos que antecederam esse comportamento e o funcionamento da vida psíquica, procurando determinar-lhe sua origem e causas.

Assim, estabelecidos os motivos em Kant para o cumprimento da norma jurídica e a possibilidade do uso da coerção pelo Direito que regula o comportamento externo do sujeito, passemos à explicação de como ocorre o descumprimento da norma jurídica e a prática do delito no funcionamento psíquico à luz da Psicanálise, uma das teorias da Psicologia que tem ramos na Psicologia Criminal e Jurídica.

3 O descumprimento da norma jurídica à luz da Psicanálise

Surgem então as seguintes indagações: o que aconteceu no nível psicológico para o agente praticar o delito? Qual a causa desse ato? Em que momento, no caminho do crime (*iter criminis*), ele decidiu sua prática e faltou repressão necessária? Dentro do funcionamento psíquico freudiano, qual estrutura não fez a repressão necessária? Como é formada essa estrutura?

Respondidas tais questões, será possível esclarecer este fato jurídico e psicológico e procurar evitá-lo. Para tanto, é necessário, a partir da compreensão do conceito de homem em Freud, entender o funcionamento psíquico do agente e a importância do superego como censor de sua ação delitiva.

O comportamento humano é resultado de múltiplas variáveis. A Psicanálise procura explicar os motivos que levam o sujeito à prática do delito, a partir da análise dos seus conflitos, pensamentos e impulsos, com vistas a evitar a sua prática.

Há duas teorias sobre a motivação para a prática do crime a partir da análise do agente: Teoria Sociocultural e Teoria da Escóla Racional.

A Teoria Sociocultural assevera que os motivos do agente decorrem de fatores externos, que se dividem em fatores primários –

decorrentes das relações primárias com a família – e fatores secundários – relacionados às companhias e à ocupação.

A Teoria da Escolha Racional atesta que as decisões da prática do crime são avaliadas de forma racional, ponderando suas ações/comportamentos de acordo com ganhos e perdas da recompensa imediata oriunda do crime. Na citada teoria, o comportamento do agente é atribuído a fatores internos, ou seja, suas atitudes, que são determinadas por crenças e normas subjetivas em relação a determinados atos e situações.

Freud, a partir de sua compreensão do ser humano e das relações primárias deste com a família, com a formação do complexo de Édipo e com a atuação do superego, procura entender o funcionamento psíquico e a causa dos atos humanos, conforme as pertinentes elucidações de Nasio (1999, p. 14):

Freud nos deixou uma obra imensa – ele foi, como sabemos, um trabalhador infatigável – e toda a sua doutrina é marcada por seu desejo de identificar a origem do sofrimento do outro, servindo-se de seu próprio eu. Sem dúvida, a obra freudiana é, nesse aspecto, uma imensa resposta, uma resposta inacabada à pergunta: qual é a causa de nossos atos? Como funciona nossa vida psíquica?

O entendimento de Freud sobre homem diverge do conceito racional de homem da Modernidade. No conceito de Freud, o homem não é um ser racional, amável ou pacífico. Divergindo das ideias iluministas do homem como ser racional, afirma Freud (1976, p. 78) que o ser humano não se controla e não é senhor de sua subjetividade, ou seja, não é guiado pela razão, conforme o seguinte trecho:

[...] o ser humano não é um ser manso, amável, somente capaz de se defender quando o atacam. É lícito atribuir a sua dotação pulsional uma boa cota de agressividade. Em consequência, o próximo não é somente um possível auxiliar e objeto sexual, mas também uma tentação para satisfazer sua agressão, explorar sua força de trabalho sem ressarci-lo, usá-lo sexualmente sem seu consentimento, dispor de seu patrimônio, humilhá-lo, lhe infligir dores, martirizá-lo e de matá-lo.

Citado pensador revolucionou a concepção iluminista do homem como ser racional, ao descobrir o inconsciente e a composição da estrutura psíquica da pessoa com as forças do id, ego e superego.

Demonstrou também que os conteúdos inconscientes influenciam o pensamento (onde surgem os impulsos estudados pela Psi-

canálise como fato psicológico) e o posterior comportamento exteriorizado do delito, objeto de avaliação do Direito, como fato jurídico e conceituado como crime, que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos protegidos, conforme as seguintes lições de Toledo (2008, p. 79):

Da exposição feita sobre o bem jurídico protegido e das conclusões a que então se chegou, extrai-se, sem muito esforço, que, substancialmente, o crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos (jurídico-penalmente) protegidos. Essa definição é, porém, insuficiente para a dogmática penal, que necessita de outra mais analítica, apta a pôr à mostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime.

Ora, essa teoria de Freud é relevantíssima na presente investigação, pois os conteúdos inconscientes são importantes na determinação da conduta e do pensamento do homem agressivo e não racional e, consequentemente, no cumprimento ou não das normas sociais (jurídicas e morais) e na prática do delito/crime.

Sobre a importância e influência dos conteúdos inconscientes desconhecidos para o indivíduo na determinação de seu pensamento (fato psíquico) e conduta (fato jurídico), ensina Carvalho (2002, p. 63-64):

A divisão topográfica da Personalidade compreende o Consciente, o Pré-consciente e o Inconsciente. O Consciente inclui as porções da vida mental a que o indivíduo tem acesso de forma imediata. Inclui, também, a maior parte, mas não a totalidade, do Ego. Pré-consciente inclui as partes da vida mental que podem ser trazidas ao consciente após um esforço de concentração da atenção. Compreende, principalmente, o Ego. O Inconsciente é desconhecido para o indivíduo, conquanto partes do seu conteúdo possam, às vezes, passar para a pré-consciência e daí virem a se manifestar no consciente. Os conteúdos do Inconsciente são de grande significado na determinação da conduta e do pensamento.

Igualmente, o funcionamento do superego também determinará o pensamento e comportamento do homem. No esboço freudiano da formação da subjetividade, o homem tem uma estrutura psíquica formada pelo superego (com seu papel de censor), id (regulado pelo princípio do prazer) e ego (defensor da personalidade).

O superego tem a função de censor do ego (substitui os pais) quanto ao cumprimento ou não das normas, de acordo com Carvalho (2002, p. 74):

Com a Teoria Estrutural, Freud localizou, no espaço intrapsíquico, formado pelo Inconsciente, Pré-consciente e Consciente, três estruturas a que denominou de Id, Ego e Superego. A primeira dotada de uma poderosa energia: é o pólo pulsional da personalidade. A segunda, o pólo defensivo da personalidade, acumulando as funções de executivo e de ligação entre os processos psíquicos, e a terceira, o Superego, a cumprir o papel de censor do Ego, em substituição aos pais.

Dentro dessa estrutura interna psíquica, o id, que funciona pelo princípio do prazer, não se deteve à culpa infligida pelo superego (substituto dos pais), censor de seu comportamento, alia-d a uma sanção jurídica que deveria desestimular a prática do crime, conforme Feuerbach, nas lições de Souza (2006), ao asseverar que a pena criminal intimida e desestimula a prática de crimes, na medida da certeza da punição.

4 As causas do comportamento delitivo

Logo, a resposta à primeira indagação, sobre a causa do comportamento delitivo, encontra-se no funcionamento do superego, a partir da escolha da Teoria Sociocultural como explicação da motivação do crime, tendo como fator primário as relações primárias da família, e na atuação do inconsciente.

O censor, no caso o superego, não teve intensidade suficiente no controle interno dos impulsos do id como poderosa fonte da energia psíquica, responsável por todas as ações psicológicas. Desse forma, houve a infração às normas e o cometimento de um delito. Quando o superego é muito forte e instaura um desejo de culpa, o agente também pratica o crime para ser punido.

As motivações internas e a culpa dirigida pelo superego (antes da ação), juntamente com a sanção externa do Direito (prevista após o ato), não impediram o descumprimento da norma jurídica, a partir das fases relatadas do *iter criminis* estudadas pelo Direito Penal.

Quanto à resposta à segunda indagação de em que momento, no caminho do crime (*iter criminis*), o agente decidiu sua prática e faltou repressão necessária, vale a lição de Mirabete (2001, p. 156, grifo nosso) desse trajeto, iniciado no íntimo da pessoa, na ideia criminosa que não foi reprimida pelo superego até a sua consumação:

Na realização do crime há um caminho, um itinerário a percorrer entre o momento da idéia de sua realização até aquele em que ocorre a consumação. A esse caminho se dá o nome de *iter criminis*.

Segundo citado autor, esse caminho tem duas fases: uma fase interna de cogitação e outra externa, com os atos preparatórios, de execução e a consumação.

Conforme asseverado anteriormente, o Direito regula o comportamento exteriorizado, de forma que sua atuação e aplicação da pena, ou seja, a sanção prevista na lei, ocorrem na prática dos atos executivos, conforme Garcia (1972, p. 232):

Instaura-se a eventualidade da pena tão-só quando o agente penetra no campo dos atos executivos, passando a concretizar o seu desígnio no fato penalmente proibido. Nem podia deixar de ser assim, porquanto larga margem de atividade lhe sobraria até a consumação, sendo bem possível que desistisse em meio ao *iter criminis*. Ora, a desistência, como adiante veremos, anula a tentativa. Como, pois, alçar ao grau de tentativa punível a mera preparação?

A Psicologia interessa a fase da cogitação, momento no caminho do crime (*iter criminis*) onde se instaura a batalha dos impulsos contraditórios, de acordo com as lições de Becker (2004, p. 51):

É caracterizado, muitas vezes, por uma profunda e conflituosa batalha que se desenvolve entre impulsos contraditórios e ambivalentes, provindos do consciente e do inconsciente do agente. É o momento de confronto entre forças opostas, entre a *spinta* e a *contro spinta* criminosa, entre *Eros* e *Tanatos*, entre a pulsão de vida e a pulsão de morte, como se refere parte da psiquiatria, ou entre a virtude e o pecado, como aponta a teologia.

Nessa batalha psíquica atuam as estruturas do id, ego e superego na prática ou não do delito, de acordo com a personalidade do agente.

O descumprimento da norma jurídica e o comportamento delituoso, segundo a concepção psicanalítica do delito, decorrem de um movimento inconsciente do impulso delitivo do homem freudiano, impulsivo, agressivo e sádico. É uma vitória do id sobre o superego (substituto dos pais), responsável pelo sentimento de culpabilidade. Quando o superego é muito forte, em casos extremos, pode levar a pessoa ao suicídio, nos termos dos ensinamentos de Costa ([19—], p. 339, grifos nossos):

A concepção psicanalítica do delito enfoca os complexos, pois gravita sobre o delinquente a causa de seu impulso delitivo inconsciente, junto ao impulso agressivo ou sádico – um constante sentimento de culpabilidade. É tão grande, que em casos extremos conduz ao

denominado delírio autopunitivo, em razão do qual o autor se imputa que não praticou e reclama ser punido com a máxima severidade, ou se castiga com autolesões capazes de chegar ao suicídio . O complexo de Édipo faz surgir o sentimento social de culpabilidade e o possuidor, não satisfeito de seus desejos criminais, atua e exige a sanção para aplacar a consciência de culpabilidade reprimida.

Logo, é pela expressão do sentimento de culpa, frente à necessidade inconsciente de punição, no jogo de tensões entre superego, id e ego que é possível dominar os instintos e impulsos do homem freudiano, agressivo e não racional e, destarte, fazê-lo cumprir, numa relação consigo mesmo, as normas sociais jurídicas e morais, numa renúncia às satisfações primitivas.

5 O comportamento delitivo e o temor da sanção

Assim, como resposta à segunda e terceira indagações, conclui-se que, na fase de cogitação, momento inicial do *iter criminis*/caminho do crime, o superego, que é o substituto dos pais, na batalha psíquica travada não atuou de forma eficiente para coibir o comportamento delitivo, através da CULPA e, mais ainda, pelo temor da SANÇÃO prevista na norma jurídica.

Através da abordagem do complexo de Édipo, a Psicanálise explica a estrutura do superego, componente da formação psíquica do homem, a partir da figura dos pais, que não fizeram a repressão necessária para evitar a prática do delito.

Na trajetória da explicação dessa estrutura, o ponto de partida do processo criativo de construção da Psicanálise por Freud é a tragédia de Sófocles, *Édipo Rei*, que mostra:

- a compreensão do conceito de homem freudiano;
- a culpa de Édipo
- a necessidade de conhecermos nosso inconsciente para controlá-lo e evitar a prática, nesse caso, do ato delituoso, resultando prático deste artigo.

Ou seja, somente a partir da compreensão do complexo de Édipo será possível conhecer o inconsciente e evitar a prática de atos inconscientes, e, em determinadas circunstâncias de cada caso, o descumprimento da norma jurídica, como o ato delituoso.

Vale ressaltar que a conceituação do crime como culposo ou doloso obedecerá às restrições da linguagem própria da Psicanálise, que terá uma conotação diferente do Direito.

Freud assevera que somente pelo conhecimento do nosso inconsciente e da passagem dos sentimentos inconscientes para o consciente é que será possível controlar o inconsciente, evi-

tando agir sem saber o que se está fazendo, voltando, assim, ao questionamento inicial da Filosofia do autoconhecimento.

Ou seja, o conhecimento de si mesmo e da passagem dos sentimentos inconscientes para o consciente e o controle do consciente evitarão o agir sem saber e proporcionarão um maior controle de nossos pensamentos, escolhas e comportamento, com possibilidade de evitar a prática do delito, principalmente no momento da cogitação, quando é estabelecida a batalha psíquica com atuação do superego.

Na prática delitiva, ter elementos e consciência da batalha psíquica travada no momento da cogitação, como momento inicial do caminho do crime (*iter criminis*), propicia um saber do que se está fazendo.

Edipo Rei mostra, metaforicamente, a importância desta descoberta, do agir sem saber o que se está fazendo, ou seja, inconscientemente; diferente, é claro, da conceituação dos crimes como dolosos ou culposos do Direito.

A literatura é rica em obras que abordam esse agir inconsciente. Na clássica obra *Pensamentos*, Pascal, ao comentar sobre o Amor-próprio, descreve de forma exemplar a inquietude do homem frente ao jogo dessas forças inconscientes, do conflito suscitado pelo superego e dos mecanismos de defesa do ego, na realização dos desejos:

Amor-próprio – A natureza do amor-próprio e deste eu humano é não amar e considerar senão a si mesmo. Mas que fará ele? Não pode impedir que esse objeto do seu amor seja cheio de defeitos e misérias; quer ser grande e vê-se pequeno; quer ser feliz, e vê-se miserável; quer ser perfeito, e vê-se criado de imperfeições; quer ser objeto do amor e estima dos homens, e percebe que os seus defeitos só lhe merecem a aversão e o desprezo. O dilema em que se encontra faz nascer nele a mais injusta e criminosa paixão que se possa imaginar, pois concebe um ódio mortal a essa verdade que o censura e convence dos seus defeitos. Desejaria aniquilá-la e, não podendo destruí-la em si mesma, destrói-a, tanto quanto possível, no seu conhecimento e no alheio, em outras palavras, põe o maior cuidado em ocultar seus defeitos aos outros e a si mesmo, e não pode suportar que lho façam ver, nem que os vejam (PASCAL, 2003, p. 83-84, grifos nossos).

Nesse conflito, quando os desejos são devidamente reprimidos à força do superego e da culpa, impede-se a manifestação e exteriorização do comportamento, pelo receio da sanção jurídica. Do contrário, haverá a prática do delito.

Dostoiévski, em sua obra *Memórias do Subsolo*, também descreveu esse inconsciente que tem leis próprias e contém tudo aquilo que o eu (consciente), como ser desejante, quer esconder:

Existem nas recordações de todo homem coisas que ele só revela aos seus amigos. Há outras que não revela mesmo aos amigos, mas apenas a si próprio, e assim mesmo em grande segredo. Mas também há, finalmente, coisas que o homem tem medo de desvendar até de si próprio; e, em cada homem honesto, acumula-se um número bastante considerável de coisas do gênero. E acontece até o seguinte: quanto mais honesto é o homem, mais coisas assim ele possui. Pelo menos, eu mesmo só recentemente me decidi a lembrar as minhas aventuras passadas e, até hoje, sempre as contornei com alguma inquietação. Mas agora, que não lembro apenas, mas até mesmo resolvi anotar, agora quero justamente verificar: é possível ser absolutamente franco, pelo menos consigo mesmo, e não temer a verdade integral? Observarei a propósito: Heine afirma que uma autobiografia exata é quase impossível, e que uma pessoa falando de si mesma certamente há de mentir (DOSTOIÉVSKI, 1962, p. 173-174, grifos nossos).

Tanto assim que a fixação da pena pelo juiz será a necessária e suficiente para a prevenção do crime, ou seja, para que este seja inibido, como receio da pena, nos termos do art. 59 do Código Penal:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (grifo nosso).

Ensina Lacan (1992, p. 66) que o inconsciente fala sobre algo do sujeito que ele mesmo desconhece: "o inconsciente não é que o homem não sabe o que diz, mas que não sabe quem o diz".

Caso não haja esse autoconhecimento de descoberta do inconsciente para o consciente para controlá-lo e evitar, no caso, a prática do ato delituoso, teremos, segundo Freud, um neurótico transgressor das normas jurídicas e morais, nos termos das lições de Ramos (2002, p. 57, grifos nossos):

Os neuróticos constituem uma complicação indesejável, um estorvo tanto para a terapêutica como para a justiça e o serviço militar.

Não resta a menor dúvida de que Freud quis dizer que o neurótico constitui um estorvo para a Medicina, devido

ao longo tempo que deve ser dedicado ao seu tratamento psicanalítico, que a execução do mesmo através dos seus métodos seria insuportável para a maioria dos médicos. No que diz respeito à justiça e ao Exército, quis o mesmo esclarecer que o neurótico, devido à doença, é um ser complicado, podendo apresentar um comportamento rebelde, sujeito a qualquer momento transgredir as normas de trato social, o regulamento ou a lei. Assim como o neurótico pode apresentar-se através de um comportamento rebelde em razão das normas legais, a doença pode manifestar-se ao contrário, apresentando o neurótico como um ferrenho defensor das normas legais, um verdadeiro paladino. Existem também aqueles que se transformam em demandistas juramentados. Estes procuram aliviar suas angústias travando batalhas no campo do Direito figurando como autores ou réus através de inúmeras ações na justiça.

Nestes termos, Freud fez de sua teoria psicanalítica uma obra literária e da cena analítica um espaço onde o sujeito depara-se com seus desejos, com seus conflitos, com o reprimido, com sua neurose, enfim, com o homem que ele é. Afinal, Édipo fura os olhos para não ver a condição humana aqui retratada e compreendida a partir da teoria psicanalítica.

A Psicanálise, na explicação dessa compreensão do conceito do homem, usa o trágico para falar do trauma inaugural desse sujeito na linguagem, que é limitada e incompleta para o real. Tem-se, portanto, o homem em conflito com seu desejo e dividido entre verdade, inconsciência e consciência, para decidir sobre a prática ou não do delito, sobre o cumprimento ou não das normas jurídicas.

Conclusão

Este estudo teve como objetivo demonstrar a importância da compreensão do conceito de homem para entender o descumprimento das normas jurídicas, através da elaboração de um paralelo entre Direito e Psicanálise na prática do delito, em especial, no momento da cogitação.

Dentro desse paralelo, foram analisadas as características da norma jurídica e a sanção, como forma de se fazer cumprir aquela. Entretanto, assim mesmo é descumpriida, motivo pelo qual se passou à análise interna do indivíduo e a sua motivação para descumprir a norma.

Foi demonstrado que a norma jurídica dirige-se à conduta externa do indivíduo e a norma ética e moral ou religiosa está direcionada ao foro íntimo da pessoa, em seu processo psicológico.

co, e que para entender a influência da sanção jurídica no comportamento humano, assim como o descumprimento da norma jurídica, é necessário entender como Freud comprehende esse homem a partir da Psicanálise e de que forma seu funcionamento psíquico promove o autoconhecimento.

A investigação do homem foi identificada como tema de estudo da Filosofia, que é a realidade em nós, ou seja, o conhecimento de nós mesmos. A busca dessa compreensão, no caso, do homem freudiano e seu funcionamento psíquico, propiciará o entendimento, no momento da cogitação do delito, de quais as forças que atuam para cumprir ou não as normas jurídicas e morais, frente à sanção externa (da norma jurídica) e da interna (do sentimento de culpa, de ordem psicológica), e as causas da ineeficácia dessas sanções, a partir do estudo dos impulsos, objeto da Psicanálise, que antecederam o ato externo, valorado e regulado pelo Direito.

O homem freudiano, destinatário das normas jurídicas providas de sanção do Direito, não é racional, amável ou pacífico nem senhor de sua subjetividade, ao contrário do pensamento iluminista, mas sim agressivo e cruel. Tem uma estrutura psíquica formada topograficamente pelo id, regulado pelo princípio do prazer, pelo ego, como equilibrador, e pelo superego, censor do comportamento e dos impulsos, apresentando um inconsciente como fonte dos impulsos que determinam seus pensamentos e comportamentos. Nessa estruturação psíquica, foi constatado que o superego tem o papel de censor do ego, em substituição aos pais, e tem seu funcionamento relacionado ao cumprimento ou não das normas sociais, jurídicas ou morais.

O funcionamento desse superego determina, nas visões da Teoria Sociocultural adotada, psíquica e inconscientemente a prática do delito, e Freud utilizará a tragédia de Sófocles, *Édipo Rei*, para mostrar a importância de o homem conhecer o inconsciente para controlá-lo e evitar agir sem saber.

A partir da teoria psicanalítica, foi constatado que a prática do delito ocorre quando, mesmo diante da sanção jurídica, o superego não contém os impulsos do id, regulado pelo princípio do prazer, e o ego não consegue harmonizar as forças.

Numa luta entre opostos psíquicos, entre a verdade inconsciente oculta e divina e a consciente, humana, esse ser humano decide sobre a prática ou não do delito, sobre o cumprimento ou não das normas jurídicas.

Referências

- BECKER, Marina. *Tentativa criminosa: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.
- CARVALHO, Uyratan. *Psicanálise I. 4^a ed. revisada e ampliada*. Rio de Janeiro: SPOB, 2002.
- COSTA, Álvaro Mayrink. *Criminologia. Comportamento. Violência. Crime. 2^a ed. rev. e aum*. Rio de Janeiro: Sociedade Cultural Ltda., [19—].
- DOSTOIÉVSKI, Fíodor M. *Memórias do Subsolo*. Tradução Boris Schnaiderman. Vol. X. Rio de Janeiro: José Olympio, 1962b, X v., Obras completas e ilustradas.
- FREUD, S. (1900-1901) *A psicopatologia da vida cotidiana*. Rio de Janeiro: Imago, 1976. vol. VI.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal. 4^a ed.* São Paulo: Max Limonad, 1972. v. 1. t. 1.
- KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2003.
- LACAN, Jaques. *O avesso da psicanálise (1969-70)*. Rio de Janeiro: Zahar, 1992. Seminário, livro 17.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte geral. 17. ed.* São Paulo: Atlas, 2001.
- NASIO, Juan-David. *O prazer de ler Freud*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.
- _____. *O Livro da Filosofia. Grandes Idéias*. São Paulo: Globo, 2012a.
- _____. *O Livro da Psicologia. Grandes Idéias*. São Paulo: Globo, 2012b.
- PASCAL, Blazer. *Pensamentos*. São Paulo: Martin Clair, 2003. Coleção Obra-prima de Cada Autor, Série Ouro.
- RAMOS, Chaia. *Direito e psicanálise*. Rio de Janeiro: Reproarte, 2002.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de direito. 27^a ed.* São Paulo: Saraiva, 2007.
- SOUZA, Paulo S. Xavier. *Individualização da Pena: no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal. 5^a ed.* São Paulo: Saraiva, 2008.
- VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica. 2^a ed.* Rio de Janeiro: Forense, 1986.

Da outorga conjugal na família homoafetiva

Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de Souza

Advogado da CAIXA no Rio Grande do Sul

Pós-Graduado em Direito Notarial e Registral

pela Anhanguera-Uniderp

Pós-Graduado em Direito Tributário e

em Direito Constitucional pela UnP

RESUMO

O direito de família passou por inúmeras transformações. Recentemente, novas decisões reconheceram a constituição da família homoafetiva, a qual se subdivide em casamento, união estável e concubinato. Irrefragavelmente, o reconhecimento das novas famílias acarreta uma série de implicações em outros ramos do direito. O enfoque do estudo deu-se na verificação da necessidade ou não de outorga conjugal na administração dos bens. No casamento, o consentimento faz-se preciso, dependendo do regime de bens. Divergência doutrinária a respeito de ser imprescindível a vênia na união estável. Descabimento no concubinato. O tema enfrentado possui importante relevo no direito imobiliário.

Palavras-chave: Direito homoafetivo. Direito imobiliário. Regime de bens. Outorga conjugal.

ABSTRACT

Family law has suffered innumerable transformations. Recently, homoaffectionate unions have been recognized as family entity, and they can be classified as marriage, stable union or common-law marriage. Undeniably, the recognition of these new families brings a series of implications in other branches of law. The present study focuses on verifying the need or the lack of need of a spousal's grant relative to assets administration. Divergent views in doctrine about the essentiality of an interspousal grant deed in the stable union regimen. Common-law marriage not acceptable. The subject in question has much relevance in real estate law.

Keywords: Homoaffectionate law. Real estate law. Marital property system. Interspousal grant deed.

Introdução

Nas últimas décadas, o direito familiar sofreu inúmeras transformações, inclusive com forte debate sobre o reconhecimento da família homoafetiva. Após fortes e acalorados debates judiciais, e muita reflexão sobre o tema, a questão foi superada pelos Tribunais Superiores, tendo vencido a visão mais arejada e constitucional desse ramo do direito.

Superado tal ponto, outros aspectos necessitam ser enfrentados. Há várias repercussões econômicas e jurídicas oriundas da formalização da família homoafetiva, inclusive em outros campos do direito, como, *verbi gratia*, nos ramos contratuais, previdenciários, sucessórios, entre outros.

Considerando que pouco se fala sobre o tema, verificou-se a imperiosidade de tratar de importante tema decorrente dessas famílias: a outorga conjugal homoafetiva. Não há como deixar de alertar acerca da importância desta nos campos imobiliário e contratual.

Inicialmente, far-se-ão algumas considerações sobre a evolução do conceito de família, especialmente as últimas decisões dos Tribunais pátrios que modificaram substancialmente algumas questões polêmicas, notadamente o reconhecimento da união estável e do casamento homoafetivos. Tacer-se-ão considerações sobre o concubinato.

Ato contínuo, analisar-se-ão as espécies de família homoafetiva (união estável, casamento e concubinato), o regime de bens e a necessidade ou não de vénia na administração dos bens.

O tópico enfrentado possui, reitera-se, importante relevo no direito imobiliário e contratual. Ao final, apontar-se-ão as cautelas que devem ser adotadas por aquele que contratar com indivíduo que mantenha casamento ou união estável homoafetivos, evitando-se a nulidade de contratos.

1 Breves considerações sobre a evolução do conceito de família

Pelo Código Civil de 1916, família era constituída tão somente pelo casamento (GONÇALVES, 2007, p. 16). O legislador via neste a única forma de família (VENOSA, 2008, p. 36). Com o transcorrer dos anos, novas espécies foram sendo reconhecidas.

O direito de família passou por inúmeras transformações, a começar pelo reconhecimento do divórcio em 1977. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), ao lado do casamento, trouxe o reconhecimento da união estável e da família monoparental (SOUZA, 2009). A família é a base da sociedade e

recebe especial proteção do Estado, conforme artigo 226, *caput*, da Constituição.

Com a Constituição Federal de 1988, houve a constitucionalização do direito civil. Assim, importa ao intérprete analisar o direito civil e o direito de família à luz da nova CRFB. Afastou-se o constituinte da visão do século XIX, em que preponderava a ótica patrimonial de família (DIAS, 2007, p. 36). Destaca-se a igualdade entre os cônjuges e o alargamento do conceito familiar.

É mister destacar que novas relações familiares vêm sendo reconhecidas (SOUZA, 2009). As transformações sociais vêm trazendo à baila novas estruturas familiares, as quais objetivam, consoante Dias (2007, p. 34), o atendimento dos seguintes preceitos: afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor.

A respeito, podemos trazer à baila os três princípios fundantes do Código Civil de 2002: eticidade, socialidade e operabilidade. No que tange à socialidade, na lição de Tartuce (2012, p. 47-48), a nova norma almeja superar o caráter individualista da vetusta codificação, pela valorização do pronome “nós” em detrimento do “eu”. Nessa linha, pode-se trazer à baila o incipiente direito fundamental à felicidade (SOUZA, 2013, p. 210).

Outrossim, a família homoafetiva também passou a ser reconhecida, como será visto na seção seguinte.

2 Da família homoafetiva

Família homoafetiva (KÜMPEL, 2008) é aquela decorrente da união de pessoas do mesmo sexo, as quais se unem para a constituição de um vínculo familiar. A família homoafetiva pode se constituir pelo casamento, pela união estável ou pelo concubinato.

Antigamente, muitos autores refutavam a possibilidade de reconhecimento da família homoafetiva como entidade familiar, apenas aceitando a possibilidade de reflexos patrimoniais.

DIAS (2007, p. 45), em sentido contrário, obtempera:

A nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de conferir status de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição (1º, III) consagra, em norma pétreia, o respeito à dignidade da pessoa humana.

Passa-se a analisar as espécies de família homoafetiva.

2.1 Da união homoafetiva

A união homoafetiva restou expressamente reconhecida na Lei Maria da Penha (Lei Federal nº 11.340/2006 - Lei da Violência Domés-

tica), porquanto em seu artigo 5º tutela a violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da orientação sexual.

Dessa forma, a lei penal reconheceu a proteção da Lei Maria da Penha às uniões homoafetivas femininas. Para Dias (2012, p. 57): “O conceito legal de família trazida pela Lei Maria da Penha insere no sistema jurídico as uniões homoafetivas”. A respeito, assevera Bastos (2013, p. 110, grifo nosso):

Por sua vez, o parágrafo único do art. 5º estabelece que as relações pessoais independem da orientação sexual da vítima, **consagrando ineditamente em uma legislação ordinária o reconhecimento das uniões homoafetivas como verdadeiras entidades familiares**, além das já previstas no art. 226 da Constituição Federal de 1998.

O Projeto do Estatuto das Famílias (Projeto de Lei nº 2.285/2007) define a união homoafetiva no artigo 68:

DA UNIÃO HOMOAFETIVA

Art. 68. É reconhecida como entidade familiar a união entre duas pessoas de mesmo sexo, que mantenham convivência pública, contínua, duradoura, com objetivo de constituição de família, aplicando-se, no que couber, as regras concernentes à união estável.

Em 2008, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao julgar o Recurso Especial nº 820.475/RJ, reconheceu a validade desse tipo de união:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO HOMOAFETIVA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. OFENSA NÃO CARACTERIZADA AO ARTIGO 132, DO CPC. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ARTIGOS 1º DA LEI 9.278/96 E 1.723 E 1.724 DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE LACUNA LEGISLATIVA. POSSIBILIDADE DE EMPREGO DA ANALOGIA COMO MÉTODO INTEGRATIVO.

1. Não há ofensa ao princípio da identidade física do juiz, se a magistrada que presidiu a colheita antecipada das provas estava em gozo de férias, quando da prolação da sentença, máxime porque diferentes os pedidos contidos nas ações principal e cautelar.
2. O entendimento assente nesta Corte, quanto a possibilidade jurídica do pedido, corresponde a inexistência de vedação explícita no ordenamento jurídico para o ajuizamento da demanda proposta.
3. A despeito da controvérsia em relação à matéria de fundo, o fato é que, para a hipótese em apreço, onde se pretende a declaração de união homoafetiva, não existe vedação legal para o prosseguimento do feito.

4. Os dispositivos legais limitam-se a estabelecer a possibilidade de união estável entre homem e mulher, dès que preencham as condições impostas pela lei, quais sejam, convivência pública, duradoura e contínua, sem, contudo, proibir a união entre dois homens ou duas mulheres. Poderia o legislador, caso desejasse, utilizar expressão restritiva, de modo a impedir que a união entre pessoas de idêntico sexo ficasse definitivamente excluída da abrangência legal. Contudo, assim não procedeu.

5. É possível, portanto, que o magistrado de primeiro grau entenda existir lacuna legislativa, uma vez que a matéria, conquanto derive de situação fática conhecida de todos, ainda não foi expressamente regulada.

6. Ao julgador é vedado eximir-se de prestar jurisdição sob o argumento de ausência de previsão legal. Admit-se, se for o caso, a integração mediante o uso da analogia, a fim de alcançar casos não expressamente contemplados, mas cuja essência coincida com outros tratados pelo legislador.

5. Recurso especial conhecido e provido.

Como ficou assente no acórdão do STJ, o reconhecimento explícito da união heteroafetiva pelo ordenamento não é impeditivo para o reconhecimento da união homoafetiva. Importa destacar que, antes dessa decisão, inúmeras decisões de Tribunais de Justiça já julgavam dessa maneira.

Em maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a união estável homoafetiva no julgamento conjunto da ADIn 4.277 e da ADPF 132, ocasião em que os ministros igualaram a união estável homoafetiva à união estável heteroafetiva. Assim, a decisão foi “pela procedência das ações e com efeito vinculante, no sentido de dar interpretação conforme a Constituição Federal para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar”.

A decisão do Supremo finalizou a celeuma existente a respeito do reconhecimento da união estável homoafetiva, reconhecendo-a como entidade familiar. Para Albuquerque (2013, p. 48 e 55), a decisão do STF denota a supremacia dos princípios constitucionais, fruto do já superado reconhecimento da insuficiência legal para regulação das situações jurídicas. Ademais, constituiu-se em sólido exemplo de uma interpretação inclusiva, a qual concedeu maior eficácia à norma constitucional. Ainda: “A aplicação imediata dos princípios constitucionais às relações privadas, com base na técnica de interpretação, foi a opção do STF para fundamentar as ações”.

Antes da decisão do STF, alguns direitos “já vinham sendo concedidos aos parceiros homossexuais, como partilha de bens, pensão por morte, condição de dependente em planos de saúde, direito real de habitação, direito à declaração conjunta de Imposto de Renda, alimentos, adoção conjunta de crianças, entre outros” (CHAVES, 2011).

Madaleno (2013, p. 311) obtempera:

Ao impor efeito vinculante e declarar a obrigatoriedade do reconhecimento como entidade familiar da união entre pessoas do mesmo sexo, conquanto atendidos os mesmos pressupostos exigidos para a constituição da união entre o homem e mulher e estender com idêntica eficácia vinculante os mesmos direitos e deveres aos companheiros do mesmo sexo, o STF lhes conformou *erga omnes* o reconhecimento da condição de entidade familiar e lhes atribuiu os mesmos direitos e deveres pertinentes aos companheiros heteroafetivos, assegurando aos companheiros homoafetivos a pléia dos direitos elencados no livro do Direito de Família do Código Civil brasileiro aos casais homossexuais [...].

Cumpre destacar que ao legislador não compete fazer juízo valorativo a respeito dessas uniões, em atenção ao princípio da dignidade da pessoa humana, devendo disciplinar essas “relações jurídicas de afeto” e suas consequências no mundo jurídico.

Asseveram Cunha Jr. e Novelino (2013, p. 804, grifos dos autores):

Diante das dificuldades em debater o tema na esfera política, as minorias diretamente interessadas acabaram recorrendo ao Poder Judiciário com o objetivo de serem asseguradas, às **uniões homoafetivas**, as mesmas regras e consequências jurídicas atribuídas às **uniões estáveis**. Dentre os principais fundamentos para a pretendida equiparação, foram suscitados: a dignidade da pessoa humana e o pluralismo, fundamentos da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, III e V); a promoção do bem de todos, sem preconceitos e quaisquer outras formas de discriminação, como um dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro (CF, art. 3º, IV); o princípio da isonomia (CF, art. 5º) e o direito à privacidade (CF, art. 5º, X).

Como requisitos para a constituição da união estável homoafetiva, Oliveira (2013, p. 180-182) elenca: estabilidade na relação, durabilidade, convivência pública e objetivo de constituição de família.

2.2 Do casamento homoafetivo

Em outubro de 2011, após a decisão do Supremo da ADIn 4.277 e da ADPF 132, houve reconhecimento pelo STJ do casamento homoafetivo no julgamento do Recurso Especial nº 1.183.378/RS, destacando-se trecho da ementa:

8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar.

Posteriormente, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou, no dia 14 de maio de 2012, a Resolução nº 175, dispondo sobre a habilitação, celebração de casamento civil ou conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo, proibindo os cartórios do país de recusar a celebração de casamento homoafetivo, bem como de negar a conversão da união estável homoafetiva em casamento. Dispõe o artigo primeiro da Resolução:

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Por conseguinte, através de seu poder regulamentar, o CNJ disciplinou a formalização do casamento em tela.

2.3 Do concubinato homoafetivo

Ainda, temos o concubinato homoafetivo. O concubinato vem disciplinado no artigo 1.727 do Código Civil, sendo o relacionamento não eventual entre pessoas impedidas de casar-se. Para Tartuce (2012, p. 1146), o concubinato “não constitui entidade familiar, mas uma mera sociedade de fato”.

Vecchiatti (2013, p. 494) considera possível conceber o concubinato homoafetivo:

Ademais, com relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, também é ele aplicável para garantir igualdade de tratamento às uniões entre pessoas do mesmo sexo que não atendam aos requisitos legais caracterizadores da união estável (publicidade, continuidade, durabilidade, intuito de constituir família e ausência de impedimentos matrimoniais), relativamente ao concubinato homoafetivo [...].

O legislador civilista reconhece o concubinato, visando evitar o enriquecimento ilícito de um dos ex-parceiros em relação ao outro (VECCHIATTI, 2013, p. 496).

O concubinato pode ser adulterino, incestuoso ou sancionador, conforme Santos (2010, grifos nossos):

Nesta esteira, o concubinato, segundo Gomes (2007), classifica-se em: **a) o adulterino**, que seria a união entre um homem e uma mulher, estando um deles impedido de casar, por possuir o dever de lealdade ao cônjuge do primeiro casamento; **b) o incestuoso**, que decorre da união entre membros da mesma família, sendo a existência de parentesco natural ou civil causa impeditiva do casamento (Art. 1.521, I, CC); e **c) o sancionador**, que se trata da união entre cônjuge sobrevivente e o condenado pelo homicídio ou tentativa de homicídio contra seu consorte, e, também, causa impeditiva do casamento (Art. 1.521, VII, CC).

Destarte, a família homoafetiva pode constituir-se pelo casamento, pela união estável ou pelo concubinato. Passa-se à análise do regime de bens.

3 Do regime de bens e da outorga

3.1 Noções gerais

O Código Civil apresenta os regimes da comunhão universal, da comunhão parcial, da participação final nos aquestos e da separação de bens (legal ou convencional).

O Código Civil, no artigo 1.639, determina a livre estipulação do regime de bens antes da celebração do casamento, que começa a vigorar desde a data do casamento. Em novidade em relação à anterior codificação, permite a alteração do regime mediante autorização judicial em pedido motivado efetuado pelos cônjuges.

No pacto, os nubentes podem combinar regimes, podendo estipular o que lhes aprouver, no tocante ao regime de bens, com a ressalva de não contrariarem a ordem pública (RIZZARDO, 2007, p. 631). Além desses, os cônjuges podem criar um regime misto, efetuando combinações entre os regimes ou “elegendo um novo e distinto” (GONÇALVES, 2007, p. 391).

Consoante conceitua Gonçalves (2007, p. 391):

Regime de bens é o conjunto de regras que disciplina as relações econômicas dos cônjuges, quer entre si, quer no tocante a terceiros, durante o casamento. Regula especialmente o domínio e a administração de ambos

ou de cada um sobre os bens anteriores e os adquiridos na constância da união conjugal.

Como regra (CAVALCANTI, 2013, p. 217), “a administração dos bens considerados particulares cabe ao proprietário e dos bens comuns a qualquer um dos cônjuges”.

O Código Civil inovou quando permitiu a alteração de regime. Existem vários motivos que ensejam a necessidade de alteração do regime. Nesse sentido, Gonçalves (2007, p. 396) refere a situação de constituição de sociedade personificada entre os cônjuges ou entre estes e terceiro, hipóteses de constituição de sociedade que são “vedadas se o regime for o da comunhão universal ou o de separação obrigatória (CC, art. 977)”.

Como exceção à liberdade de escolha do regime, o artigo 1.641 do Código Civil estipula como obrigatório o regime da separação de bens no casamento das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento, da pessoa maior de 70 anos e de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial.

Em inexistindo pacto (ou sendo este nulo ou ineficaz), o regime da comunhão parcial vigorará entre os cônjuges, forte no artigo 1.640 do Código Civil. Essa sistemática é aplicável à união estável, com supedâneo no artigo 1.725. Em razão disso, a comunhão parcial é também chamada de regime legal ou supletivo.

Tendo-se analisado sucintamente a respeito do regime de bens, tem-se a necessidade de cotejá-lo com a família homoafetiva. Indubitavelmente, o regime de bens no casamento homoafetivo obedecerá aos mesmos parâmetros existentes no casamento heteroafetivo.

Quanto ao regime de bens na união estável, Loureiro (2007, p. 1149-1150) assevera: “Portanto, os companheiros podem adotar um dos regimes acima citados ou ainda um regime novo para vigorar na união estável. Na falta de contrato escrito, entretanto, prevalece o regime de comunhão parcial de bens”.

Quanto ao regime de bens da união homoafetiva, Dias (2007, p. 45) aponta:

Necessário é encarar a realidade sem discriminação, pois a homoafetividade não é uma doença nem uma opção livre. Assim, descabe estigmatizar a orientação homossexual de alguém, já que negar a realidade não irá solucionar as questões que emergem quando do rompimento dessas uniões. Não há como chancelar o enriquecimento injustificado e deferir, por exemplo, no caso de morte do parceiro, a herança aos familiares, em detri-

mento de quem dedicou a vida ao companheiro, ajudou a amealhar patrimônio e se vê sozinho e sem nada.

O regime de bens na união estável homoafetiva obedecerá aos mesmos parâmetros existentes na união estável heteroafetiva.

Na interpretação do desembargador Luiz Felipe Brasil Santos (2004), não há que se falar em regime de bens no concubinato. Anota que será possível a partilha proporcional à participação de cada concubino, desde que demonstrada a contribuição individual para a constituição do patrimônio.

No magistério de Tartuce (2012, p. 1146), no concubinato: “Não há direito à meação patrimonial, direito a alimentos ou direito sucessório. Na questão patrimonial, aplica-se a antiga Súmula 380 do STF, que consagra direito à participação patrimonial em relação aos bens adquiridos pelo esforço comum”.

Após esse estudo a respeito do regime de bens, tem-se a necessidade de analisar especificamente a outorga conjugal.

3.2 Da outorga conjugal no casamento homoafetivo

Com relação à administração dos bens, é lícito, como regra, aos cônjuges praticarem os atos de disposição e de administração relativos ao exercício da profissão, bem como administrarem seus bens particulares, com força no artigo 1.642 do Código Civil.

Alguns atos patrimoniais exigem que o cônjuge receba a autorização do outro, como no caso de fiança e aval, bem como nas situações de alienação de bens imóveis (incluindo a situação de gravar de ônus real), com fulcro no artigo 1.647 do Código Civil.

Outrossim, atos gratuitos não remuneratórios também exigem autorização conjugal, em se tratando de bem comum ou passível de integrar futura meação (Código Civil, artigo 1.647). A doação remuneratória pode ser feita sem autorização (DINIZ, 2006, p. 1352). Ainda, inclui-se na necessidade de autorização conjugal pleitear esses bens ou direitos (seja como autor ou réu).

A regra destacada não se aplica ao regime da separação absoluta, apenas aos demais. Essa autorização é denominada de outorga conjugal. Alguns autores a denominam de vénia conjugal (GONÇALVES, 2007, p. 406).

Quanto à outorga, Tartuce (2012, p. 1091) a classifica em uxória (da esposa) e marital (do marido). Na família homoafetiva, pode-se denominá-la de outorga conjugal ou homoafetiva.

Cavalcanti (2013, p. 222, grifo da autora) aduz:

De acordo com o art. 1.647 do Código Civil, para a realização dos atos elencados em lei não pode o cônjuge,

exceto se casado pelo regime da separação absoluta de bens, agir sem autorização do consorte. O que nos leva a entender que aqueles casados pelos regimes da comunhão parcial, comunhão universal ou participação final nos aquestos precisarão sempre, por exemplo, para a alienação de bem imóvel, da outorga conjugal, mesmo que o bem seja exclusivamente seu. Trata-se de regra destinada à segurança familiar e não à questão da comunhão de bens propriamente.

Gonçalves (2007, p. 406) aponta a necessidade da vénia no compromisso irretratável de compra e venda (artigo 1.418 do Código Civil), bem como na constituição de hipoteca e outros ônus reais.

Rizzato (2007, p. 622) assevera existirem

muitas regras relativas a bens ou a direitos patrimoniais, aplicáveis aos cônjuges, e que não envolvem os regimes de bens. De modo amplo, as obrigações de alimentos entre os cônjuges, a cooperação na satisfação das necessidades econômicas diárias do lar, não repercutem nos regimes de bens, e nem são decorrência deles.

Essas regras patrimoniais têm por desiderato proteger a família (e a prole, se existente), evitando a dilapidação do patrimônio familiar. Nesse sentido, Diniz (2006, p.1351-1352, grifo da autora) observa:

Restrições ao poder de administração do casal. Para preservar o patrimônio familiar, a lei impõe limitações ao poder de administração do casal, exigindo que, para a prática de certos atos, se obtenha a outorga marital ou uxória, sem a qual não estará legitimado para efetivá-la, salvo se o regime for o da separação absoluta de bens.

O consentimento conjugal está no plano da validade do negócio jurídico (TARTUCE, 2012, p. 1092). O artigo 1.648 do Código Civil estabelece a possibilidade de supressão do consentimento do cônjuge, caso este se dê sem justo motivo ou não possa ser dado.

Quanto à forma de autorização conjugal, Diniz (2006, p. 1352) ensina:

A autorização, exigida por lei, de um cônjuge a outro para a prática de determinados atos deverá ser escrita e expressa e referir-se a imóvel; imprescindível será que seja dada por meio de instrumento público. Tal autorização deverá especificar a natureza, o objeto e o número dos atos consentido. Se se tratar de bem móvel, bastará um instrumento particular autenticado.

Como referido, a regra da vénia não se aplica ao regime da separação absoluta, aplicando-se aos demais. Como cediço, o regime em testilha, no direito brasileiro, apresenta muita controvérsia.

O Código elenca não se aplicar a outorga ao regime da separação obrigatória. Alude Tartuce (2012, p. 1092, grifo do autor):

Antes de se estudar quais são os atos que exigem outorga, insta verificar a exceção constante do *caput* do art. 1.647. Para esse comando, a outorga é dispensada se os cônjuges forem casados pelo regime da *separação absoluta*. Que regime seria esse, afinal de contas o CC/2002 trata apenas da separação de bens, podendo essa ser legal (art. 1.641) ou convencional (arts. 1.687 e 1.688)? No tocante à separação convencional de bens, não existem maiores debates, polêmica gira em torno da antiga Súmula 377 do STF, um dos temas mais conflituosos do atual Direito de Família brasileiro.

Segundo Tartuce (2012, p. 1092-1093), a doutrina brasileira divide-se sobre a separação legal de bens. Para a primeira corrente (Silvio Rodrigues, Francisco Cahali, José Fernando Simão), “haveria separação absoluta tanto na separação convencional quanto na separação legal de bens”. Para a segunda corrente (Nelson Nery, Zeno Veloso, Rodrigo Brito, Paulo Lobo, Maria Berenice Dias, Maria Helena Diniz, Silvo Venosa e o próprio Tartuce), “somente há separação absoluta na separação convencional, eis que na separação legal haverá comunicação dos bens havidos pelo esforço comum”.

Aponta Stolze (2013):

Em nosso sentir, “separação absoluta” deve ser entendida como separação convencional, ou seja, escolhida no pacto antenupcial (nesse sentido, NELSON NERY JR. e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, Novo Código Civil e Legislação Extravagante Anotados, SP, RT, 2002).

Diane da controvérsia a respeito de a separação legal (obrigatória) de bens ser espécie de separação absoluta e, portanto, exigir a outorga conjugal, por cautela, deve aquele que contratar com pessoa casada no regime referido exigir o consentimento do cônjuge na celebração de negócio que envolva direito real. Nesse diapasão, há decisão em 2009 do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.163.074/PB:

**RECURSO ESPECIAL - AÇÃO ANULATÓRIA DE AVAL -
OUTORGА CONJUGAL PARA CÔNJUGES CASADOS SOB
O REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS -
NECESSIDADE - RECURSO PROVIDO.**

1. É necessária a vênia conjugal para a prestação de aval por pessoa casada sob o regime da separação obrigatória de bens, à luz do artigo 1647, III, do Código Civil.
2. A exigência de outorga uxória ou marital para os negócios jurídicos de (presumidamente) maior expressão econômica previstos no artigo 1647 do Código Civil (como a prestação de aval ou a alienação de imóveis) decorre da necessidade de garantir a ambos os cônjuges meio de controle da gestão patrimonial, tendo em vista que, em eventual dissolução do vínculo matrimonial, os consortes terão interesse na partilha dos bens adquiridos onerosamente na constância do casamento.
3. Nas hipóteses de casamento sob o regime da separação legal, os consortes, por força da Súmula n. 377/STF, possuem o interesse pelos bens adquiridos onerosamente ao longo do casamento, razão por que é de rigor garantir-lhes o mecanismo de controle de outorga uxória/marital para os negócios jurídicos previstos no artigo 1647 da lei civil.
4. Recurso especial provido.

É mister destacar, ainda (CAVALCANTI, 2013, p. 222), a possibilidade de, no regime da participação final dos aquestos, estipulação no pacto antenupcial da desnecessidade de vênia conjugal. Tal estipulação será nula se fixada em outros regimes.

Portanto, no casamento homoafetivo, deve-se exigir a outorga conjugal nos atos patrimoniais mencionados: a) alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; b) pleitear como autor ou réu esses bens ou direitos; c) prestar fiança ou aval; d) fazer doação não remuneratória. Excepciona-se a necessidade de vênia na separação legal de bens; quanto à separação obrigatória de bens, tendo em vista a divergência na doutrina, por cautela, deve ser observada a outorga.

3.3 Da outorga conjugal na união estável

Cavalcanti (2013, p. 216) anota que as regras do regime de bens da união estável heteroafetiva devem ser aplicadas à união estável homoafetiva.

Quanto à necessidade de vênia conjugal na união estável, diverge a doutrina a respeito de sua necessidade ou não. Nessa alheta, assevera Fróes Neto (2011, p. 1):

A necessidade de outorga uxória do companheiro para atos de disposição de bens imóveis comuns, adquiridos onerosamente durante a união estável e registrados apenas no nome de um deles, tal qual se exige dos cônjuges casados sob o regime de comunhão parcial de bens, é matéria controvertida em face de ausência de previsão legal expressa.

Fróes Neto (2011, p. 10) conclui pela imperiosidade da vénia conjugal na união estável:

Dessa forma, seguindo o espírito que anima o preceito constitucional, à norma que regula os efeitos patrimoniais da união estável (art. 1725 CC) devem incidir, na sua totalidade, os preceitos que disciplinam o regime da comunhão parcial de bens, incluindo a obrigatoriedade do consentimento do companheiro para os atos que importem venda de bens imóveis comuns, bem como as consequentes sanções previstas em caso de violação desse dispositivo.

Inferindo pela desnecessidade de outorga conjugal na união estável, temos a doutrina de Tartuce (2009):

Superada a análise dos atos que exigem a outorga, é interessante verificar que o art. 1.647 do CC é típico exemplo de norma de exceção, restritiva da autonomia privada e, diante da proteção constitucional da liberdade, fundada na dignidade humana (art. 1º, inc. III, da CF), não deve ser aplicada por analogia à união estável.

Tartuce (2012, p. 1091) refere ser a outorga conjugal um dispositivo restritivo da autonomia da vontade. Nesse mesmo sentido, disserta Cavalcanti (2013, p. 225).

Conquanto a regra da vénia conjugal restrinja a autonomia da vontade, entende-se que tem por fito principal proteger a família, razão pela qual deveria ser aplicada para a união estável heteroafetiva e homoafetiva. Não obstante, dada a insegurança jurídica que tal requisito geraria para os contratantes de pessoa em união estável, entende-se despicienda a outorga conjugal na união estável.

A rarefeita divulgação da união estável homoafetiva impede a exigência do requisito da autorização conjugal.

Neves (2006, p. 173) com muita clareza disserta a respeito da não necessidade de outorga conjugal em união estável:

Tem-se entendido que tal limitação só pode ser aplicada ao casamento, e não à união estável. O motivo é simples: há averbação do casamento, com menção ao regime em que foi celebrado. Dessa forma, terceiros que venham a celebrar negócio com um dos cônjuges sabem, ou têm meios de saber, que se trata de pessoa casada, e que há exigência de autorização do outro cônjuge. Caso o terceiro concorde em fazer o negócio sem tal anuêncio, assumirá o risco de a avença vir a ser desconstituída no futuro por esse motivo. No entanto, na união estável não há qualquer registro, e não é comum constar da qualificação de um dos contratantes o “estado” de companheiro ou convivente.

Para os credores, uma das grandes dificuldades da união estável, seja heteroafetiva, seja homoafetiva, é a informalidade. Para Cavalcanti (2013, p. 223):

A união estável, diferentemente do casamento, é uma entidade familiar não formal, ou seja, para se constituir não há necessidade de celebração, de procedimento burocrático. [...] Portanto, a união estável tende a ser informal tanto na constituição como na ruptura. Dessa forma, a mesma regra deve ser aplicada às relações homoafetivas.

Ehrhardt Júnior (2013, p. 275) destaca:

Se o par homoafetivo decidir ficar na informalidade, deve ter em mente que não existem fronteiras bem definidas entre o namoro e a união estável. Estamos diante de situações fáticas, que, paradoxalmente, só costumam ingressar no mundo jurídico após o seu desfazimento.

Assim, embora pudesse ser necessária a vénia conjugal para fins de proteção da família, essa exigência inviabilizaria a formação dos contratos, dada a insegurança e a informalidade da união estável, bem como do já destacado prejuízo na divulgação.

Também podemos apontar a deficiência na publicidade registral da união estável. O casamento é formal, sendo lavrado registro ou assento, do qual se faz certidão; também se procedem anotações nos assentos de nascimento dos nubentes e nos eventuais casamentos anteriores, o que garante inequívoca publicidade. A união estável, por seu turno, pode ser declarada por escritura pública ou ser meramente uma situação fática, sem qualquer publicidade legal.

Em existindo fundada dúvida na doutrina acerca da necessidade ou não de outorga conjugal na união estável, por cautela, deve aquele que contratar com pessoa em união estável heteroafetiva ou homoafetiva exigir o consentimento do(a) companheiro(a) na celebração de negócio que envolva direito real.

Para quem entenda necessária a vénia conjugal na união estável, importa referir que, se o contratante omitir a informação de viver em união estável, estará cometendo crime de falsidade ideológica, previsto no artigo 299 do Código Penal, o qual estabelece:

Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, se o documento é particular.

Parágrafo único - Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.

Para Cunha (2013, p. 608-609), o delito de falsidade ideológica é crime de ação múltipla (cinco ações nucleares), cujo tipo subjetivo é doloso, o qual se consubstancia:

[...] na vontade [livre] e consciente de agir de acordo com uma das condutas nucleares típicas. Exige-se, ainda, o elemento subjetivo do tipo, consistente no propósito de lesar direito, criar obrigação ou alterar a veracidade sobre o fato juridicamente relevante.

Ademais, Cunha (2013, p. 609) observa que o crime em apreço é formal, não sendo necessário o prejuízo a terceiros, bastando que “o documento ideologicamente falso tenha potencialidade lesiva [...]”.

Isso posto, entende-se pela desnecessidade da outorga conjugal na união estável homoafetiva. Todavia, por cautela, deve aquele que contratar com pessoa em união estável heteroafetiva ou homoafetiva exigir o consentimento do(a) companheiro(a) na celebração de negócio que envolva direito real.

3.4 Da outorga conjugal no concubinato

Considerando a inexistência de regime de bens, entende-se, indubitavelmente, não necessária a outorga conjugal no concubinato.

Todavia, caso o bem tenha sido adquirido por esforço comum, haverá divisão do bem em possível apuração de haveres. Dessa feita, de igual forma que na união estável, é recomendável a exigência da vénia.

3.5 Da falta de outorga conjugal

Nas situações em que se faz necessária a outorga conjugal e esta está ausente, tem-se a anulabilidade do negócio praticado, nos termos do artigo 1.649 do Código Civil. O prazo de anulação é de até dois anos após o término da sociedade conjugal.

Diniz (2006, p. 1354) refere que o transcurso em branco desse prazo acarreta a convalidação do negócio viciado. Ensina também ser possível a aprovação posterior do cônjuge.

Diante da dificuldade em caracterizar-se a união estável, especialmente a homoafetiva, cuja divulgação é, em regra, bem menor que a heteroafetiva, tem-se que aplicar a sanção de anulabilidade ao contrato firmado sem a vénia conjugal seria prejudicar terceiro de boa-fé. Nesse sentido, aduz Neves (2006, p. 173):

Caberá ao companheiro, que tenha sido prejudicado, por exemplo, pela venda de um bem no qual teria participação, exigir do alienante a recomposição patrimonial, ou seja, a indenização por perdas e danos, sem que se possa falar em direito de seqüela ou anulação da transferência.

Tendo em vista a possibilidade de anulação do negócio jurídico, deve o contraente adotar todas as cautelas possíveis para evitar a sanção mencionada.

Conclusão

A família é a base da sociedade e recebe especial proteção do Estado. As transformações sociais vêm trazendo à baila novas estruturas; a família homoafetiva também passou a ser reconhecida.

A família homoafetiva pode constituir-se pelo casamento, pela união estável ou pelo concubinato.

Em 2008, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 820.475/RJ, reconheceu a validade da união homoafetiva. Como ficou assente no acórdão, o reconhecimento explícito da união heteroafetiva pelo ordenamento não é impeditivo para o reconhecimento da união homoafetiva.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável homoafetiva no julgamento conjunto da ADIn 4.277e da ADPF 132, ocasião em que os julgadores igualaram a união estável homoafetiva à união estável heteroafetiva.

Posteriormente, o Conselho Nacional de Justiça aprovou, no dia 14 de maio de 2012, a Resolução nº 175, dispondo sobre casamento homoafetivo.

O regime de bens no casamento homoafetivo obedecerá aos mesmos parâmetros existentes no casamento heteroafetivo.

No casamento homoafetivo, deve-se exigir a outorga conjugal nos atos patrimoniais: (I) alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis; (II) pleitear como autor ou réu esses bens ou direitos; (III) prestar fiança ou aval; (IV) fazer doação não remuneratória. Excepciona-se a necessidade de vénia na separação legal de bens; quanto à separação obrigatória de bens, tendo em vista o dissenso doutrinário, por cautela, deve ser observada a outorga.

Quanto à necessidade de vénia conjugal na união estável, diverge a doutrina a respeito de sua necessidade ou não. Entende-se pela desnecessidade do ato.

Diante da dificuldade em caracterizar-se a união estável, especialmente a homoafetiva, cuja divulgação é, em regra, bem menor que a heteroafetiva, tem-se que aplicar a sanção de anulabilidade ao contrato firmado sem a vénia conjugal seria prejudicar terceiro de boa-fé.

Por cautela, deve aquele que contratar com pessoa em união estável homoafetiva exigir o consentimento do(a) companheiro(a) na celebração de negócio que envolva direito real. Considerando a inexistência de regime de bens, entende-se não necessária a outorga conjugal no concubinato. De igual forma que na união estável, é recomendável a exigência da vénia.

Nas situações em que se faz necessária a outorga conjugal e esta está ausente, tem-se a anulabilidade do negócio praticado, nos termos do artigo 1.649 do Código Civil. O prazo de anulação é de até dois anos após o término da sociedade conjugal.

Referências

- ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *O julgamento no STF da ADI n. 4.277 e da ADPF n. 132 em uma perspectiva civil-constitucional*. In: FERRAZ, Carolina et al. (Org). **Manual do Direito Homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 44-58.
- BASTOS, Tatiana Barreira. **Violência Doméstica e Familiar contra a mulher: análise da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006): um diálogo entre a teoria e a prática**. 2^a ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.163.074/PB, 3ª Turma*. Recorrente: Edlúcia Medeiros Marques Dardenne. Recorrido: Banco Itaú S.A. Relator: Ministro Massami Uyeda. Brasília. Data do julgado: 15 dez. 2009. Data da publicação: 4 fev. 2010. Disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/AbreDocumento.asp?sLink=ATC&sSeq=18810976&sReg=201000366638&sData=20120201&sTipo=5&formato=PDF>>. Acesso em: 29 jan. 2014.
- _____. *Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.183.378/RS, 4ª Turma*. Recorrentes: K.R.O. e L.P. Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília. Data do julgado: 25 out. 2011. Data da publicação: 1 fev. 2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/AbreDocumento.asp?sLink=ATC&sSeq=18810976&sReg=201000366638&sData=20120201&sTipo=5&formato=PDF>>. Acesso em: 15 dez. 2013.
- _____. *Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 820.475/RJ, 4ª Turma*. Recorrente: A C S E OUTRO. Relator: Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, relator para Acórdão: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília. Data do julgado: 2 set. 2008. Data da publicação:

6 out. 2008. Disponível em: <https://www2.stj.jus.br/processo/jspprevistaabreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=4231384&num_registro=200600345254&data=20081006&tipo=5&formato=HTML>. Acesso em: 12 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277, Plenário. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Intimado: Presidente da República. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília. Data do julgado: 5 maio 2011. Data da publicação: 14 maio 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processoverProcessoAndamento.asp?incidente=11872>>. Acesso em: 8 dez. 2013.

CAVALCANTI, Ana Elisabeth Lapa Wanderley. Os regimes de bens nas relações homoafetivas. In: FERRAZ, Carolina et al. (Org). **Manual do Direito Homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 210-228.

CHAVES, Marianna. União homoafetiva: breves notas após o julgamento da ADPF 132 e da ADI 4277 pelo STF. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2896, 6 jun. 2011. Não paginado. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19274>>. Acesso em: 8 dez. 2013.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. **Constituição Federal para concursos**. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

CUNHA, Rogério Sanches. **Código Penal para concursos**. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **A Lei Maria da Penha**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva 2006.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. União estável entre pessoas do mesmo sexo e o contrato de convivência: direito de família mínimo e as dificuldades após o reconhecimento da união homoafetiva. In: FERRAZ, Carolina et al. (Org). **Manual do Direito Homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 269-283.

FRÓES NETO, Edgard Borba. **A Outorga Uxória na União Estável**. Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFam. Belo Horizonte, junho de 2011. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/A%20outorga%20ux%C3%B3ria%20na%20uni%C3%A3o%20est%C3%A1vel.pdf>. Acesso em: 8 dez. 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007. VI vol.

KÜMPEL, Vitor Frederico. Palestra ministrada em 21 jan. 2008, em São Paulo, no Curso do professor Damásio de Jesus.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Curso Completo de Direito Civil**. São Paulo: Método, 2007.

MADALENO, Rolf. Os efeitos Jurídicos da Homoparentalidade. In: FERRAZ, Carolina et al. (Org). **Manual do Direito Homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 305-328.

NEVES, Murilo Sechieri Costa. **Direito Civil 5: Direito de Família**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

OLIVEIRA, Catarina Almeida de. Requisitos para a configuração da união estável homoafetiva. In: FERRAZ, Ca-

rolina et al. (Org). **Manual do Direito Homoafetivo**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 171-183.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 5^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SANTOS, Héllen Katherine Clementino dos. Concubinato adulterino e seus efeitos jurídicos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2630, 13 set. 2010. Não paginado. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17385>>. Acesso em: 18 dez. 2013.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. **União estável, concubinato e sociedade de fato: uma distinção necessária**. Direito de Família, Porto Alegre-RS: ago. 2004. Disponível em: <<http://direitodefamiliars.blogspot.com.br/2011/06/doutrina-uniao-estavel-concubinato-e.html>>. Acesso em: 18 dez. 2013

SOUZA, Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de. Questões Tributárias Controvertidas do Programa Minha Casa Minha Vida. **Revista de Direito da ADVOCEF**, Porto Alegre, v. 1, n. 17, p. 205-221, 2013.

_____. Famílias plurais ou espécies de famílias. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF, 14 dez. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.25712>>. Acesso em: 1 dez. 2013.

STOLZE, Pablo. **Apostila 3. Novo Direito Civil**, São Paulo: 2013. Disponível em: <www.pablostolze.com.br>. Acesso em: 11 jan. 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 2^a ed. São Paulo: Método, 2012.

_____. **A questão da outorga conjugal: Alguns pontos do art. 1.647 do CC. Carta Capital**, São Paulo, 1 set. 2009. Não paginado. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-questao-da-outorga-conjugal/4647>>. Acesso em: 8 dez. 2013.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da Homoafetividade**. 2^a ed. São Paulo: Método, 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 8^a ed. São Paulo: Atlas, 2008. vol. VI.

A (im)possibilidade de cessão integral de contrato administrativo por acordo entre particulares

Maurício de Chateaubriand Lustosa Borges Pereira

Advogado da CAIXA no Rio de Janeiro

Pós-graduado em LL.M Litigation pela FGV Direito Rio

Roberta Mariana Barros de Aguiar Corrêa

Advogada da CAIXA no Rio de Janeiro

Pós-graduada em Direito Processual Civil pela UFAM

RESUMO

A finalidade do presente artigo é o estudo quanto à possibilidade de sub-rogação de um contrato administrativo entre particulares, por ausência de interesse ou capacidade do contratado em executar o objeto do contrato, à luz dos princípios da licitação, em especial o da vinculação ao edital, e dos preceitos doutrinários e julgados do Tribunal de Contas da União. A análise é realizada com base em um caso concreto e verídico, sem identificação das partes envolvidas, apresentando-se, por fim, após todas as ponderações cabíveis à hipótese, a solução mais balizada segundo a lei e a orientação jurisprudencial dominante dos órgãos de controle externo.

Palavras-chave: Cessão de contrato administrativo entre particulares. Princípio da vinculação ao edital. Impossibilidade como regra. Jurisprudência do Tribunal de Contas da União.

ABSTRACT

The purpose of this article is to study the possibility of subrogation of an administrative agreement between individuals, due to lack of interest or ability of the contractor to perform such contract, based on the principles of the Bidding, in particular the binding terms of the initial proposal stipulated by the State and doctrinal precepts and rulings of Brazil's National Court of Audit " Tribunal de Contas da União. The analysis is performed based on a concrete, real-life case without identifying the parties involved, presenting, finally, after all considerations to the hypothesis, the solution which is more appropriated to the law and the dominant jurisprudential orientation of external control agencies.

Keywords: Assignment of an administrative contract between individuals. Principle of the binding terms of the initial proposal. As a rule, that is impossible. Jurisprudence of Brazil's National Court of Audit " *Tribunal de Contas da União*.

Introdução

No presente trabalho serão discutidas algumas questões jurídicas que podem ocorrer em um processo licitatório cujo objeto seja de longo prazo de execução, os efeitos que um edital de licitação produz inexoravelmente no contrato que dele decorre, assim como o princípio constitucional do dever geral de licitar e suas implicações dentro do contexto proposto. Com efeito, trata-se de caso prático em que um determinado contratado pela Administração que não deseja ou não possui mais condições de continuar prestando o serviço licitado visa ceder a outrem sua posição contratual. Serão discutidas as implicações da situação em que esse contratado demonstre incapacidade ou desinteresse em executar, plenamente e a seu termo final, o objeto contratual.

Assim, o objeto do presente trabalho, que trata de alguns conceitos gerais – como o princípio da vinculação da Administração ao edital –, é mais especificamente a cessão integral de um contrato administrativo entre particulares – um que tenha sido vencedor de um certame licitatório e outro que não tenha qualquer relação com a Administração contratante. Busca discutir, em verdade, a pretensão de sub-rogação de tal contrato administrativo, para tanto expondo doutrina que aventa a questão e certos julgados do Tribunal de Contas da União que apreciaram a matéria em casos concretos.

1 Apresentação do caso gerador, seus atores e argumentos¹

Suponhamos que o município X tenha realizado licitação de obra pública, a qual foi vencida pela empresa A, tendo sido adjudicado seu objeto e assinado o respectivo contrato administrativo.

A obra foi suspensa por decisão liminar da Justiça, que foi instada a apreciar supostos vícios de legalidade do procedimento licitatório em ação promovida por empresa inabilitada no curso da licitação que, irresignada, recorreu ao Poder Judiciário.

Após quase dois anos, somente com a rejeição dos pedidos autorais e cassação da liminar concedida, a empresa A pôde reto-

¹ *O caso gerador relatado é uma livre adaptação descontextualizada e desidentificada de um caso concreto e verídico, porém aqui utilizado para fins meramente acadêmicos, sendo certo que nem todos os sujeitos, fatos e argumentos jurídicos aqui mencionados são aqueles presentes no caso original.*

mar o curso do cumprimento do contrato. Finalmente tendo obtido autorização para complementação das obras, manifestou desinteresse no adimplemento contratual e solicitou à prefeitura do município X que lhe autorizasse ceder o contrato administrativo à empresa Z, que por sua vez não participou da licitação, mas que havia demonstrado interesse na assunção das obrigações e direitos contratuais da empresa A.

O município X promove o apostilamento do pacto firmado com a empresa A, de forma a permitir a cessão do contrato administrativo, aceitando, assim, o pedido formulado.

Já o Ministério Público questiona a operação, uma vez que seu presentante considera que a concretização da cessão ensejará fraude por inobservância do dever de licitar, observando não haver qualquer previsão de cessão do contrato no edital que lhe deu origem, instaurando, assim, inquérito civil preparatório para uma eventual medida judicial a ser intentada contra todos os envolvidos – município e empresas.

Nesta etapa do trabalho serão analisados os atores envolvidos no caso gerador – a prefeitura do município X, a empresa A e o Ministério Público – e a forma de tratamento que deram à questão examinada, dando-se início com os argumentos da empresa A, com o intuito de facilitar o encadeamento de ideias, posto ser dela o pedido inaugural dos fatos em exame.

Após inaugurar o pedido administrativo, falará o município X e, com essa movimentação da máquina administrativa municipal que poderá acolher tal pleito, o Ministério Público. Adicionalmente, serão acrescidos os argumentos utilizados por cada um que embasaram seus respectivos entendimentos.

1.1 Empresa A

A empresa contratada argumenta que participou da licitação promovida pelo município X que teve por objeto a realização de obras de infraestrutura, as quais tiveram seu início suspenso por decisão liminar da Justiça Estadual, que havia sido instada a se manifestar acerca de supostos vícios havidos na condução do processo licitatório.

Do início da ação judicial – na qual foi concedida liminar determinando a suspensão de qualquer ato relativo ao contrato firmado entre o município X e a empresa A – até o momento de prolação da sentença de mérito – na qual foi reformada expressamente aquela decisão liminar – passaram-se aproximadamente dois anos.

Ressalta a empresa A que, nesse período, por força da decisão da Justiça Estadual, não houve a prestação de qualquer serviço à

prefeitura do município X, acarretando, de outro turno, a ausência de recebimento de qualquer parcela pecuniária que por aquele seria devida.

Em razão da expectativa de cumprimento do contrato (para o qual havia se preparado quando do oferecimento de proposta no curso da licitação) ter sido frustrada diante da paralisação do andamento das obras em obediência à decisão liminar, a empresa A envidou esforços negociais em outras áreas, aplicando seus recursos humanos e materiais então ociosos em outros trabalhos.

Com esse redirecionamento das atividades da empresa, na ocasião em que a decisão liminar foi reformada a empresa A não conseguiu redirecionar seus elementos de produção de forma a conseguir cumprir o contrato com a municipalidade. Em um primeiro momento, chegou a entabular esforços para adimplir o compactuado, mas seus recursos estavam imobilizados em outras frentes, o que levou seus administradores à conclusão de que não havia como cumprir o contrato a contento e em seu devido prazo.

Diante desses fatos incontornáveis, a empresa A, em contato com a empresa Z – não partícipe do processo licitatório –, vislumbrou a possibilidade de ceder a esta os direitos e deveres decorrentes do contrato firmado com o município X, com isso se esquivando do seu dever contratual de adimplir o pacto de forma satisfatória, o que, àquele momento, lhe era impossível.

Por serem ambas pessoas jurídicas de direito privado de cunho eminentemente empresarial, promoveram acordo entre elas e levaram ao conhecimento do município X a proposta de cessão do contrato firmado entre este e a empresa A à empresa Z, pugnando por seu acolhimento.

1.2 Prefeitura municipal – município X

O município X, após se desvincilar da ação judicial que amarrava o curso do contrato – de forma a impedir seu início – firmado depois da licitação, teve a amarga tarefa de dar solução ao pedido da empresa A, já que uma obra necessária há anos permaneceria suspensa, desta feita em razão da alegada impossibilidade de atendimento pela contratada.

Importante frisar que o remédio jurídico concedido pela Lei 8.666/93 ao ente licitante – o da sanção administrativa contra a empresa contratada – não resloveria, de imediato, ainda que aplicado, a questão da necessidade de obtenção urgente do objeto contratual licitado.

Assim, ao receber o pedido de cessão do contrato em favor da empresa Z, o município X debruçou-se sobre o contrato a que se referia, tendo estudado suas cláusulas e constatado que não havia no edital e tampouco no instrumento contratual a proibição de cessão do mesmo a terceiro.

Por não existir expressa vedação de cessão do contrato, entendeu o município X que, com a sua concordância, o pacto poderia ser transferido a um terceiro, já que também a Lei 8.666/93 reconhecia como causa rescisória do acordo contratual somente “a cessão ou transferência, total ou parcial [...] não admitidas no edital e no contrato” (art. 78, inciso VI).

A linha decisória adotada pela municipalidade então se direcionou para a ausência de proibição da operação pretendida que, se restasse acolhida pelo ente contratante, seria tida como juridicamente válida.

Cumpre ser ressaltado que, de fato, o contrato era omissivo quanto à possibilidade de cessão. A única cláusula que tratava da matéria era reprodução fiel do art. 78, inciso VI, da Lei 8.666/93.

Ora, no entender do município X, se a Lei Geral de Licitações não obsta a cessão, nem o contrato o faz, há que se vislumbrar a possibilidade de acatamento do pedido.

Ato contínuo, de forma a se cercar de maior segurança jurídica e em respeito aos princípios administrativos que iluminam a licitação, o ente municipal entendeu por bem convocar os licitantes remanescentes para manifestar interesse em assumir o contrato. Face à negativa destes quanto à assunção da posição contratual, não vislumbrou óbice jurídico à cessão do contrato da empresa A à empresa Z, desde que esta provasse possuir os mesmos requisitos de habilitação que foram exigidos dos licitantes no momento próprio, lembrando-se, mais uma vez, que a empresa Z não participou da concorrência.

Uma vez conferidos os requisitos de habilitação da empresa Z, a prefeitura do município X anuiu ao termo de cessão de direitos e obrigações entre aquela e a empresa A, fazendo publicar em Diário Oficial a notícia do instrumento.

1.3 Ministério Público

O Ministério Público tomou ciência do contrato de cessão feito pela empresa A para a empresa Z no momento em que houve a publicação do ato avalizado pela municipalidade em Diário Oficial.

Dentro dos poderes investigativos que lhe é peculiar, o membro do *parquet* competente entende por bem instaurar inquéri-

to civil e solicita informações sobre o caso à prefeitura do município X.

No entender do MP, a investigação dos fatos ocorridos naquele processo administrativo é impositiva, já que a instituição é fiadora da lei, cabendo-lhe atestar se houve ferimento das regras atinentes à Lei Geral de Licitações em uma contratação já tão conturbada juridicamente e em tão pouco tempo após o deslinde da ação judicial sobre o mesmo objeto contratual, da qual participou como *custus legis*.

Com a vinda do parecer da assessoria jurídica da prefeitura, bem como do instrumento de cessão contratual e outros pertinentes ao caso, a promotoria vislumbra óbice jurídico àquela contratação, já que pautada na principiologia privatista segundo a qual o que não estivesse proibido pelo ordenamento restaria autorizado.

Ocorre que, em sede de direito público, em especial administrativo, o administrador deveria se pautar pelo princípio da legalidade e, portanto, atuar somente dentro da esfera e de limites em que estiver autorizado.

A convicção do membro do Ministério Público reside, portanto, na ausência de previsão de possibilidade de cessão tanto no edital como no contrato dele decorrente, o que deveria pautar a atuação do administrador. Além disso, entende que a cessão integral do contrato importa em fuga do dever geral de licitar, consagrado constitucionalmente.

Com base em tal linha de raciocínio, busca o MP obstar o prosseguimento daquele contrato já cedido, expondo ao administrador suas razões e permanecendo no aguardo do que será decidido pela prefeitura do município X, sendo certo que do inquérito civil poderá resultar nova ação judicial, caso não haja uma convergência decisória entre o administrador e o pensar do MP.

2 Doutrina e jurisprudência sobre a matéria

Para o estrito exame do caso gerador proposto, há de serem examinados os seguintes pontos: (i) a vinculação da Administração, no curso da relação contratual, ao edital que deu origem ao contrato; (ii) se existe e como se dá a cessão de um contrato administrativo; (iii) na hipótese de não ser possível realizar-se a cessão, de que forma deverá a Administração validamente proceder.

2.1 Da vinculação da Administração ao edital do certame

Um dos clássicos princípios comentados ao se tratar de licitação – o da vinculação ao instrumento convocatório – encontra-se

positivado no art. 3º da Lei 8.666/93² e sua importância é vital para o deslinde do caso gerador proposto, já que dele se extrai a lição de que a Administração fica adstrita, no processo licitatório, a tudo aquilo que tiver tratado e exigido no instrumento inaugural da fase externa da licitação, o edital.

Pode-se comparar o princípio em tela com aquele oriundo da teoria contratual de Direito Civil, *pacta sunt servanda*, pelo qual o contrato é lei entre as partes. Aqui, na seara administrativa, convém ser destacada a lição de Pereira Junior (2007, p. 63):

O da vinculação ao instrumento convocatório faz do edital ou do convite a lei interna de cada licitação, impondo-se a observância de suas regras à Administração Pública e aos licitantes, estes em face dela e em face uns dos outros, nada podendo ser exigido, aceito ou permitido além ou aquém de suas cláusulas e condições; o art. 41 da Lei 8.666/93 ilustra a extensão do princípio ao declarar que “A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao que se acha estritamente vinculada”, reconhecendo, no §1º, a qualquer cidadão, legitimidade “para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei”.

No mesmo sentido, porém de forma mais incisiva, ensina Carvalho Filho (2005, p. 203):

A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial.

O contrato que decorre da licitação obedece ao mesmo princípio, sendo certo que já foi dito que “o contrato administrativo [...] encontra-se visceralmente ligado em sua origem ao procedimento concorrencial, especificamente ao edital de licitação” (ALVIM, 2008, p. 204).

É própria do edital, entre outras, a tarefa de delimitar e estipular quais serão as cláusulas do contrato que será firmado ao fim de uma bem-sucedida licitação:

² “Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da imparcialidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”

O edital constitui-se no documento fundamental da licitação. Habitualmente se afirma, em observação feliz, que é a sua “lei interna”. Com efeito, abaixo da legislação pertinente à matéria, é o edital que estabelece as regras específicas de cada licitação. A Administração fica estritamente vinculada às normas e condições nele estabelecidas, das quais não pode se afastar (art. 41) (MELO, 2008, p. 572).

Ao passo que os requisitos do edital se encontram previstos nos incisos do art. 40 da Lei Geral de Licitações, cabe mencionar que o mais importante para o presente enfoque é a exigência legal para que o instrumento convocatório tenha em seu bojo, como um de seus obrigatórios anexos, “a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor”, na forma do previsto no art. 40, parágrafo segundo, alínea III.

Em sendo um dos anexos do edital desde o momento da publicação deste, o contrato é de manifesta ciência de todos os atores envolvidos no procedimento licitatório, descabendo alterar sua natureza ou modificar suas cláusulas ao fim do certame, como se em sede privada se estivesse a negociar. Em geral, o contrato é um espelho de todas as exigências, obrigações e direitos constantes do edital.

Não se pode negar pleno acerto quanto às palavras de Alvim (2008, p. 204) no que tange à nulidade decorrente de desobediência do contrato ao edital que lhe deu origem:

Impõe-se, então, à vista das premissas aqui estabelecidas, a conclusão de que, constatada a existência de cláusulas ou disposições contratuais que se afastem do edital e da legislação aplicável, restam, essas cláusulas, inquinadas de nulidade, o que deve, observe-se mais uma vez, ser pela Administração reconhecido.

Desta forma, vê-se que o princípio em tela é de máxima importância à teoria e prática relativa ao tema licitação, sendo certo que através dele “se evita, finalmente, qualquer brecha que provoque violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa” (JUSTEN FILHO, 2008, p. 203).

2.2 Da cessão do contrato – hipótese cabível

O edital de uma determinada licitação pode prever o cabimento de cessão do contrato a que dá origem, regulando ou não as possibilidades e condições em que tal transferência se perfaz, tudo com base no entendimento que se dá ao disposto no artigo 78, inciso VI, da Lei 8.666/93.

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:
[...]

VI – a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a **cessão** ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, **não admitidas no edital e no contrato** (grifo nosso).

Vê-se, assim, que o permissivo da possibilidade de cessão do instrumento contratual nasce com o próprio edital, não se cogitando uma alteração casuística da regra contratual concebida ainda na fase editalícia do certame.

Nessa linha de raciocínio, tem-se o seguinte julgado proferido pelo Tribunal de Contas da União (AC 1998/2008-Plenário):

3.5.2 – Situação encontrada:

INDÍCIO DE IRREGULARIDADE 5 – Subcontratação irregular de contrato.

[...]

O art. 78, inc. VI daquela Lei, também deixa claro que qualquer forma pela qual se opte pela transmissão de direitos e obrigações a outrem (subcontratação, **cessão**, transferência, fusão, cisão, incorporação), **para que possa ser levada a efeito, precisa estar prevista tanto no instrumento convocatório quanto no contrato** (grifo nosso).

Das lições de Justen Filho (2008, p. 773), extrai-se que a contratação com o particular através de procedimento licitatório deve-se à necessidade de selecionar-se, de forma isonômica e objetiva, a melhor proposta que atenda aos interesses fundamentais da Administração:

Se a Administração selecionou determinada proposta como a mais vantajosa, firmar contrato com outrem representaria infringir os interesses fundamentais – como regra. Afinal, haveria modificação no sujeito que executa o contrato, o que nem sempre asseguraria a identidade da prestação a ser executada. A modificação do sujeito se traduziria, eventualmente, em alterações no conteúdo da prestação. No final das contas, o Estado acabaria recebendo objeto distinto daquele selecionado através da licitação.

Por outro lado, haveria infringência ao princípio da isonomia. Um determinado sujeito acabaria sendo contratado sem o critério prévio da licitação [...].

Mas a licitação não produz qualquer espécie de vínculo subjetivo de confiança entre as partes do contrato administrativo [...]. Trata-se, mais propriamente, de observância quanto a outros princípios jurídicos, característicos do Direito Constitucional.

Como, então, coadunar tais ensinamentos com o artigo 78 da Lei Geral de Licitações? Estaria equivocado o renomado autor ou equivocada a lei? A resposta vem das palavras seguintes, pelas quais é lecionado que não se trata de uma contratação absoluta e imutavelmente rígida, permitindo, sim, alterações, tanto objetivas quanto subjetivas: “se a prévia licitação não impede a modificação das prestações contratuais, então também não pode ser obstáculo a modificações no âmbito dos sujeitos contratados” (JUSTEN FILHO, 2008, p. 774).

Tendo por base o aqui transcrito dispositivo legal, bem como calcado em uma evolução de sua própria jurisprudência³, o Tribunal de Contas da União já entendeu pela possibilidade, sob certas condições, de modificação subjetiva em contratos administrativos:

Jurisprudência do TCU

Nos termos do art. 78, inciso VI, da Lei 8.666/93, se não há expressa regulamentação no edital e no termo de contrato dispondo de modo diferente, é possível, para atendimento ao interesse público, manter vigentes contratos cujas contratadas tenham passado por processo de cisão, incorporação ou fusão, ou celebrar contrato com licitante que tenha passado pelo mesmo processo, desde que: (1) sejam observados pela nova pessoa jurídica todos os requisitos de habilitação exigidos na licitação original; (2) sejam mantidas as demais cláusulas e condições do contrato; (3) não haja prejuízo à execução do objeto pactuado; e (4) haja anuênciam expressa da Administração à continuidade do contrato (Acórdão nº 634/2007, Plenário, rel. Min. Augusto Nardes).

Com efeito, é interessante a transcrição do seguinte julgado proferido pela Corte de Contas (AC 3400/2011 - Segunda Câmara), no qual fica clara a evolução de seu entendimento da matéria em apreço:

[...]

13. A propósito, ainda que não mencionada na análise técnica, alerto para árdua discussão jurisprudencial, no âmbito desta Corte, sobre a matéria cessão (ou subrogação) de contratos, sobre a qual já tive a oportunidade de discorrer em diversos processos. Assim é que pondero sobre a evolução jurisprudencial no Tribunal, representada pelos julgados a seguir, o último deles decorrente de apreciação em processo de minha relatoria: Decisão nº 420/2002, Acórdão nº 1.108/2003 e Acórdão nº 634/2007, todos do Plenário.

³ Segundo descrição evolutiva de entendimento e julgados feita por Justen Filho (2008, p. 774-777).

14. Na Decisão nº 420/2002 (Rel. Min.-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti), o Tribunal firmou o entendimento de que, em contratos administrativos, é ilegal e inconstitucional a sub-rogação da figura da contratada ou a divisão das responsabilidades por ela assumidas, ainda que de forma solidária, por contrariar os princípios constitucionais da moralidade e da eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal), o princípio da supremacia do interesse público, o dever geral de licitar (art. 37, XXI, da Constituição) e os arts. 2º, 72 e 78, inciso VI, da Lei 8.666/93.

15. Posteriormente, no Acórdão nº 1.108/2003, prolatado em sede de consulta formulada pela Câmara dos Deputados, esta Corte evoluiu seu posicionamento para responder ao conselente que é possível a continuidade dos contratos celebrados com empresas que tenham sofrido fusão, incorporação ou cisão desde que sejam cumpridos os seguintes requisitos, cumulativamente:

- i. tal possibilidade esteja prevista no edital e no contrato, nos termos do art. 78, inciso VI da Lei nº 8.666/93;
- ii. sejam observados pela nova empresa os requisitos de habilitação estabelecidos no art. 27 da Lei nº 8.666/93, originalmente previstos na licitação; e
- iii. sejam mantidas as condições estabelecidas no contrato original.

16. Na mesma linha do Acórdão nº 1.108/2003, acima mencionado, em que o Tribunal Pleno prolatou o Acórdão nº 634/2007, acompanhando voto da minha lavra, no sentido da ampliação da possibilidade de alteração subjetiva de contrato cuja contratada passou por cisão, incorporação ou fusão, para casos em que, ainda que não expressamente prevista no edital e no termo do contrato tal possibilidade, a contratada tenha passado por um desses processos e desde que:

- a. sejam observados pela nova pessoa jurídica todos os requisitos de habilitação exigidos na licitação original;
- b. sejam mantidas as demais cláusulas e condições do contrato;
- c. não haja prejuízo à execução do objeto pactuado; e
- d. haja anuênciam expressa da Administração à continuidade do contrato.

[...]

Pela leitura desse acórdão, vê-se que o TCU aceita, de forma condicionada, a cessão do contrato quando se trata de sub-rogação de contrato a empresa que tenha sucedido à inicialmente contratada pela Administração na hipótese de aquela ter passado por processo de cisão, incorporação ou fusão, todos tratados no art. 78, inciso VI, da Lei 8.666/93. Isto é – e como se verá no tópico subsequente –, não é aceita como legal a cessão com sub-rogação de contrato a contratada que não tenha sofrido um desses proces-

sos de reorganização empresarial, nem tenha sido licitante partícipe no certame (Acórdão 634/2007, também aqui transcrito anteriormente).

Complementando, ainda, a decisão em tela, têm-se as seguintes lições acerca da inexistência de autorização em edital:

Não se afasta a aplicação do raciocínio antes desenvolvido em virtude da ausência de autorização expressa. A fórmula verbal consagrada na parte final do inc. VI do art. 78 deve ser bem interpretada. Quando a Lei se refere a modificações “não admitidas no edital e no contrato”, isso não significa exigência da prévia e explícita autorização para substituição do sujeito. Interpretação dessa ordem conduziria, aliás, a sério problema prático. É que nenhum edital prevê, de antemão, a livre possibilidade de cessão de posição contratual. Nem teria sentido promover licitação e, concomitantemente, estabelecer que o vencedor poderia transferir, como e quando bem entendesse, os direitos provenientes da contratação. Essa não é a regra norteadora da contratação administrativa (JUSTEN FILHO, 2008, p.778-779).

Desta forma, além das hipóteses de cisão, fusão e incorporação – fora do tema delimitado para o presente trabalho –, somente se admite a cessão do contrato administrativo a uma das empresas que tenham sido licitantes do certame.

2.3 Da impossibilidade da cessão do contrato – solução pertinente

Fora as hipóteses já analisadas no tópico anterior, a transferência de um contrato administrativo por um contratado após o término da licitação encontra objeção pelo ordenamento jurídico brasileiro, seja tomando-se por parâmetro o texto constitucional, seja tendo como base a legislação infraconstitucional.

Como a legislação exige a licitação como condição essencial para a contratação, admitir-se a cessão a um terceiro estranho ao certame que deu origem ao contrato é o mesmo que negar aplicabilidade ao art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que prevê a contratação “mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes”.

[...] a alteração subjetiva não pode ser instrumento de infringência ao princípio da isonomia. Significa que todos os que pretendiam disputar a contratação tiveram oportunidade de fazê-lo, através da licitação. Não se pode conceber que o sujeito que não poderia participar da licitação obtenha a condição de contratado através

de expedientes indiretos. Ou, então, haveria a possibilidade de frustração ao cumprimento de requisitos exigidos para participação na licitação. O cessionário poderia ser destituído dos requisitos necessários a participar da licitação, por exemplo. Outra hipótese seria justamente o oposto. A cessão funcionaria como instrumento de desconstituição das garantias necessárias à satisfação dos interesses fundamentais (JUSTEN FILHO, 2008, p. 778).

Perceba-se que a admissão de cessão de um contrato administrativo a um terceiro que sequer foi participante da licitação é o mesmo que contratar sem a observância desta, ou seja, importa em fuga do dever geral de licitar.

É esclarecedor acerca do atual entendimento do Tribunal de Contas da União o seguinte julgado (AC-7529/2010 – Segunda Câmara):

16. Ora, **a sub-rogação plena, como operada, simplesmente substitui o juízo da Administração** – único e soberano, formado durante e por meio do procedimento licitatório – pelo juízo do licitante vencedor, o qual, por ato próprio, escolhe – agora sem qualquer critério e sem empecilhos – terceiro para executar o objeto a ele adjudicado e responder pelas obrigações e direitos previstos no contrato administrativo, passando a assumir a posição do contratado. **Esse sacrifício do princípio da eficiência por ato unilateral de pessoa alheia à Administração Pública – única constitucionalmente autorizada a laborar juízos nessa área – representa ato diretamente atentatório à eficácia e à própria validade do preceito constitucional.** A mera anuência da Administração à sub-rogação contratual não substitui nem supre o juízo anteriormente formulado na escolha do contratado, em rigoroso procedimento licitatório.

17. A **moralidade administrativa** exige do agente público que conheça, respeite, aplique e preserve tudo o quanto a Constituição e a legislação infraconstitucional impuserem à sua ação. A aceitação, pela SEINFRA, da sub-rogação plena dos termos contratuais configura lesão direta à moralidade administrativa, por se traduzir numa opção ‘de terceirização’ do objeto licitado e fundamentalmente das responsabilidades a ele inerentes, desprezando, ou até burlando, os interesses administrativos cuja observância teria levado à contratação do licitante vencedor.

18. A **supremacia do interesse público** impugna qualquer ato dirigido por conveniências particulares do administrador público e das pessoas, físicas ou jurídicas, que com eles mantenham eventual relação. A substituição do licitante vencedor por terceiro (e a Administra-

ção chegou ao licitante vencedor mediante análise de uma série de elementos, dentre eles capacidades técnica e econômica) despreza o interesse público que se concretiza no relacionamento entre a Administração e a licitante vencedora.

19. O **princípio da licitação** resta diretamente lesado, além do que já consta dos argumentos acima expendidos, pela substituição da empresa e proposta vencedoras por qualquer outra cujas qualificações técnica, jurídica, financeira e fiscal e os termos de sua proposta não tenham sido submetidos ao crivo do interesse público ou até mesmo apreciados, mas descartados, por insatisfatório, pelo Poder Público.

[...]

33. Entendimento contrário – admitir-se a transferência de parte do objeto inicialmente contratado juntamente com as responsabilidades contratuais, direitos e obrigações – cederia espaço à contratação direta. E esse movimento representa **fraude** direta à ordem constitucional positiva e à legislação infraconstitucional no que toca ao dever de licitar.

[...]

35. **O resultado lógico-jurídico a que se chega a partir da análise desse quadro não admite, a toda evidência, que seja tolerada a substituição da figura da contratada quanto às responsabilidades que emergem do contrato** ou mesmo a divisão, de forma solidária, dessas responsabilidades (grifos nossos).

É importante que fique registrada posição do professor Marçal Justen Filho que vai muito além daquela apregoada pelo julgado acima, possivelmente indicando pensamento personalíssimo seu que não se sabe se será algum dia encampado pela jurisprudência pátria, pois se trata, como se percebe, de um salto muito grande com o que já foi autorizado pelo Tribunal de Contas da União. Veja-se o seguinte teor:

Reputa-se, respeitosamente, que os argumentos do personalismo do contrato administrativo, da obrigatoriedade de licitação e da vinculação ao resultado do certame não se afiguram como suficientes para respaldar a conclusão atingida. Mas, tal como anteriormente indicado, o contrato administrativo brasileiro não se configura como personalíssimo (excetuadas as hipóteses em que a identidade do licitante seja o motivo fundamental de sua escolha). Realizada a licitação, a evolução da atividade empresarial pode conduzir à necessidade ou ao interesse de produzir-se alteração subjetiva. O que pode interessar à Administração é a execução exatamente da mesma proposta que selecionou como vencedora, com todas as garantias originalmente a si atribuídas. Se houver ampliação dessas garantias,

com a agregação de mais um sujeito para participar da execução e se ficar evidenciado que a Administração receberá precisamente o mesmo objeto que fora ofertado e deverá pagar o mesmo preço obtido na licitação, ficam vencidos (data venia) todos os argumentos invocados pelo TCU. Ou seja, não é possível afirmar que a cessão da posição contratual ou – muito menos – os casos de reorganização empresarial importariam uma espécie de contratação direta, sem licitação. Licitação houve e a Administração selecionou a proposta mais vantajosa, a qual deverá ser fielmente executada (JUSTÉN FILHO, 2008, p. 775).

Fora essa posição com visão estritamente objetiva da contratação, voltando-se àquilo que já foi autorizado ou não como possível de ser cedido – pela ótica subjetiva – pela Corte de Contas Federal, há de ser esclarecido, afinal, como se procede no caso de impossibilidade de cessão do contrato administrativo.

A solução cabível, nessa hipótese, é somente uma: a rescisão do contrato, com necessário início de nova licitação (AC 618/2006-Plenário). Veja-se:

A cessão de contratos administrativos ao invés da rescisão do ajuste anterior e realização de novo certame constitui fuga ao dever geral de licitar. Por último, abordo a irregular cessão do contrato 001/2003 da empresa vencedora da licitação para outras três empreiteiras. A jurisprudência deste Tribunal tem rechaçado essa prática por parte da Administração Pública, tendo em vista que se trata de figura ao dever geral de licitar. Ademais, procedendo-se a novo certame, pode-se alcançar preço mais vantajoso à Administração Pública. Destarte, o procedimento adequado, no caso concreto tratado nos autos, seria efetuar nova licitação para dar continuidade à obra, após a rescisão do contrato firmado com a empresa [...].

Outra não é a conclusão de Pereira Junior (2007, p. 783-784) acerca da hipótese em exame:

[...] Ao referir-se à subcontratação da execução do contrato e à cessão deste em caráter integral, o decreto-lei, antes, e a lei, agora, almejavam e querem, tão-só, prevenir-lhes a ocorrência, para dizer que, se, conquantas desautorizadas, acontecerem, constituirão motivo para a rescisão do contrato (e, pois, inelegibilidade do subcontrato ou da cessão). As normas não pretendiam, com a alusão, admitir que o edital ou o contrato pudessem prever a subcontratação e a cessão totais. Apenas acataram-se para que tal hipótese não ficasse alheia à consequência prevista para a subcontratação e a cessão parciais, que é a mesma: rescisão do contrato.

É a única interpretação que se compadece com os princípios constitucionais regentes da matéria, que restariam efetivamente alienados se norma infraconstitucional autorizasse a Administração a admitir, em seus editais e contratos, que terceiro alheio à competição licitatória pudesse substituir-se integralmente ao vencedor do torneio, por vontade da contratada. E é o que se infere da regra expressa no art. 50, parte final.

Conclusão

O escopo deste trabalho constituiu-se em projetar alguma luz sobre a questão da impossibilidade, desinteresse ou incapacidade de um contratado pela Administração em prestar de forma efetiva o objeto contratual para o qual foi contratado através de processo administrativo licitatório. Cabe ser lembrado que, por mais que existam penalidades administrativas a serem sempre aplicadas em tais ocasiões ao particular, estas não possuem o condão de fazer materializar de per si o adimplemento do contrato.

Tendo-se em mente que determinados contratos administrativos possuem como objeto uma obra de certa complexidade, ou uma prestação de serviço que se projeta por um lapso temporal de, por exemplo, 60 meses, há situações em que tanto a Administração deseja ter a obra concretizada ou o serviço prestado até seu termo final e a contento, como o contratado não deseja que lhe seja aplicada qualquer penalidade que possa vir a prejudicar sua boa imagem ou lhe gere alguma sanção que o impeça de contratar novamente com a Administração.

O caso gerador proposto não é uma situação fática tão hipotética assim: não raro casos como o exposto neste estudo ocorrem na prática administrativa, nas mais variadas esferas públicas – ou privadas –, sobre as quais se faz sentir os ditames da Lei Geral de Licitações. Uma solução que poderia ser tomada no caso de uma contratação de cunho eminentemente privado pode gerar inconformidade com o que diz a lei que pauta o atuar do administrador. E, por tal razão, na medida em que gera dúvida no gestor público, produz na mesma medida insegurança jurídica que pode resultar no prolongamento do prejuízo à efetividade administrativa.

Para as hipóteses como a relatada no item 2, o gestor deve ter plena ciência do que pode fazer ou deixar de fazer; se não com base no que entende a melhor doutrina e jurisprudência, ao menos com base nesta, já que aquela pode apontar caminhos que nem sempre serão trilhados pelos Tribunais apreciando situações análogas.

Com efeito, o gestor que decide de uma determinada maneira, mesmo que calcada em doutrina abalizada, pode vir a ter sua

conduta decisória reprovada pelos órgãos de controle externo, como o Tribunal de Contas da União, nas matérias que lhes são afetas. Em razão da possibilidade real de reprovação de sua conduta, com penalização tanto do ente quanto do próprio administrador, é preferível que se siga a orientação jurisprudencial dominante em vez de inovar com base doutrinária, pois, ainda que defensável, pode demonstrar-se minoritária.

Com muita valia devem ser absorvidos os ensinamentos doutrinários aqui esposados, os quais quase que majoritariamente defendem a possibilidade, em hipóteses restritas, de cessão de um contrato administrativo, notadamente no caso de rearranjo empresarial (cisão, fusão e incorporação) ou quando a sub-rogação dá-se entre licitantes. Mesmo assim, é bom que se frise, somente é admitida em casos especiais, devidamente fundamentados e motivados, em que fique sopesado o interesse público e o atingimento, por essa via, do princípio da eficiência.

Para tais casos, deverá sempre ser verificado se a cessionária possui as condições de habilitação jurídica, fiscal e técnica que foram exigidas dos licitantes ainda na fase em que foi processada a licitação. Além disso, afigura-se correta a necessidade de previsão no edital e no contrato que dele decorre quanto à possibilidade de que aquela contratação administrativa admitirá no seu curso – verificados os requisitos já explicitados – eventual cessão.

O sistema jurídico brasileiro, em especial o administrativo, é, de forma consagradora, essencialmente positivista e legalista. Por tal razão, não se acredita que possa ser harmonizado, no sistema vigente, que a contratação de particulares para a prestação de serviços à Administração possua a mesma lógica do regime privado.

Com os ensinamentos aqui expostos, depreende-se que o princípio constitucional da licitação exerce uma força atrativa muito forte sobre a jurisprudência, da mesma forma que aquele infraconstitucional – e corolário da legalidade constitucional – de respeito e vinculação às regras editalícias.

Imagine-se que, mesmo com todas essas amarras legais, surjam notícias aos borbotões de fraudes dos mais variados tipos causadoras de imensos prejuízos aos cofres públicos. Não se pode confiar, por extrema ingenuidade, que o regime de direito público funcione tal como aquele privado, em especial com administradores que não possuem com a coisa pública o mesmo zelo que possuem com a sua própria – a ponto de dispensar tais amarras.

Por tal motivo e tendo-se ela como norte do pensamento defendido, acredita-se que segue bem a linha decisória do Tribunal de Contas da União ao reprovar as tentativas de cessão integral do

contrato administrativo por acordo entre particulares, entendendo-se que há, de fato, burla ao princípio legal do dever geral de licitar.

Respeita-se a lógica esposada nos breves ensinamentos de Marçal Justen Filho que afiguram como possível a defesa de cessão do contrato entre particulares, tal como exposto no item 2.3, pelos quais o renomado doutrinador discorda que o dever geral de licitar e o caráter personalista da contratação sejam impeditivos à cessão do contrato. Em que pese fazer sentido sua linha de pensamento no sentido de que não há no direito brasileiro – ao contrário do francês – o caráter personalista da contratação (JUSTEN FILHO, 2008, p. 771-773), colocar em prática sua tese acadêmica poderá representar uma pá de cal nas já turbulentas contratações administrativas.

Alinha-se aqui, com efeito, às decisões do Tribunal de Contas da União, especialmente aquela exposta no Acórdão 7529/2010 – Segunda Câmara, aqui transcrita em parte, que reafirma a jurisprudência da Corte de Contas no sentido de que restam feridos a supremacia do interesse público, o dever de licitar, a moralidade administrativa e, por que não, a isonomia e a própria legalidade, quando se cogita em cessão integral entre particulares (excetuando-se os casos de reorganização empresarial e de cessão entre licitantes, mesmo assim fundamentados no melhor atingimento do interesse público por tal via).

Em análise do caso gerador proposto com base em tais valiosos conceitos, tem-se que possui razão o Ministério Público ao buscar impugnar a cessão feita pela empresa A à empresa Z com o – o que é pior – aval do município X.

Em que pese buscar se entender a necessidade de a municipalidade conseguir de pronto a prestação do objeto contratual, o caminho da cessão integral/sub-rogação do contrato da empresa contratada pelo procedimento licitatório a uma terceira pessoa estranha àquela relação jurídica formada quando da licitação – a qual foi escolhida até mesmo pela própria empresa interessada em figurar como cedente – é muito tortuoso e espinhoso.

Conclui-se, assim, que a rescisão do contrato administrativo (com aplicação das devidas penalidades, é bom que reste claro) é medida que de fato se impõe, deflagrando-se nova licitação (ou até mesmo, de forma alternativa – e indesejada –, seguir pela saída da contratação emergencial) para buscar um particular que preste o serviço, ou seja, o fornecedor dos produtos necessários à Administração.

Referências

- ALVIM, Arruda.** *Da adstrição do contrato administrativo ao edital de licitação (e as consequências do desatendimento a essa regra – algumas comparações com os princípios do direito privado).* In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Eduardo Arruda; TAVOLARO, Luiz Antonio (Coords.). *Licitações e contratos administrativos – uma visão atual à luz dos Tribunais de Contas.* 1. ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- BRASIL.** Tribunal de Contas da União, Plenário. Processo 003.972/2005-3. AC - 618/2006-P. Entidade: Município de Rio Branco/AC. Interessada: Procuradoria da República do Estado do Acre e Unidade técnica: SECEX-AC - Secretaria de Controle Externo - AC. Relator: Marcos Bemquerer. Julgado em 26 abr. 2006. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?anoAcordao=2006&colegiado=PLENARIO&numeroAcordao=618&>>. Acesso em: 15 jun. 2012.
- _____. Tribunal de Contas da União, Plenário. Processo 011.299/2008-8. AC - 1998/08-P. Unidade: Tribunal Superior Eleitoral - TSE. Interessado: Congresso Nacional. Unidade técnica: SECOB. Relator: André de Carvalho. Julgado em 10 set. 2008. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?colegiado=PLENARIO&numeroAcordao=1998&anoAcordao=2008&>>. Acesso em: 15 jun. 2012.
- _____. Tribunal de Contas da União, Segunda Câmara. Processo 012.838/2003-9. AC 7529/2010. Entidade: Município de Santo Antônio de Jesus/BA. Interessados/Responsáveis: Álvaro Veloso Bessa e Antônio Wilson Botelho de Sousa. Unidade técnica: 7^a SECEX. Relator: André de Carvalho. Julgado em 07 dez. 2010. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?anoAcordao=2010&numeroAcordao=7529&>>. Acesso em: 15 jun. 2012.
- _____. Tribunal de Contas da União, Segunda Câmara. Processo 026.995/2008-3. AC 3400/2011. Entidade: Petrobras Distribuidora S.A - MME. Interessados/Responsáveis: Alberto Estevão da Silva, Alexandre José Meirelles Machado e outros 64 cidadãos nominalmente. Unidade técnica: 9^a SECEX. Relator: Augusto Nardes. Julgado em 24 maio 2011. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces?anoAcordao=2011&numeroAcordao=3400&>>. Acesso em: 15 jun. 2012.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos.** *Manual de Direito Administrativo.* 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.
- JUSTEN FILHO, Marçal.** *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.* 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de.** *Curso de Direito Administrativo.* 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. 2. tiragem.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres.** *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública.* 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

Cláusulas contratuais bancárias comerciais

Luís Gustavo Franco

*Advogado da CAIXA no Distrito Federal
Mestre em Direito pela Universidade Federal
de Santa Catarina*

RESUMO

Este artigo busca traçar um panorama sobre as cláusulas contratuais comerciais bancárias de aplicação geral e recorrente nos negócios jurídicos bancários. O fenômeno é analisado em seus vieses doutrinário, legislativo e jurisprudencial, compondo uma leitura dogmática, mas de abordagem crítica, procurando o diálogo das fontes e a interlocução com o direito comparado. A partir desse cenário, constroem-se novas possibilidades de interpretação, tendo em vista o rigor técnico e a melhor solução para cada caso em concreto, evidenciando os acertos e equívocos dos tribunais brasileiros. Trata-se de um texto dialógico, que estabelece uma tentativa de oxigenar discursos muitas vezes repetidos sem maiores reflexões, ferramenta a ser usada no cotidiano dos que laboram no ramo do Direito Bancário, no permanente esforço de concretização de segurança jurídica para os contratantes.

Palavras-chave: Direito Bancário. Contratos comerciais. Cláusulas contratuais. Interpretação jurisprudencial.

ABSTRACT

The current study aims at making a prospect on bank commercial provisions of general and recurrent application in banking juridical transactions. The phenomenon is analyzed in its doctrinaire, legislative and jurisprudential features drawing up a dogmatic reading, but with a critical approach, aiming at the dialogue between sources and the interlocution with compared law. As of that scenery new possibilities for interpretations are built, in the light of the technical rigor and the best solution for each concrete case, emphasizing the rights and the errors in Brazilian tribunals. It is a dialogue text in the attempt of bringing fresh air to repeated statements which demand further thinking, a tool to be used in the daily life of those who work in the area of Banking Law, in a permanent effort to ensure juridical security for contractors.

Keywords: Banking Law. Commercial contracts. Contractual clauses. Jurisprudential interpretation.

1 Introdução

O Direito Bancário historicamente emerge das práticas comerciais e na absoluta maioria dos países carece de uma base legal codificada, a despeito de ser ramo da atividade econômica com intenso grau de regulação, seja com base em acordos internacionais, seja por normas das autoridades fiscalizadoras de direito interno.

Em sociedades e em ordenamentos jurídicos como o brasileiro, calcado substancialmente na importância do direito positivado, a superposição de regras legais (civis, comerciais, consumeristas e reguladoras) acaba criando antinomias e insegurança jurídica e reduzindo o papel que deveria ser normalmente reconhecido aos usos e costumes bancários como fonte de excelência do direito, na medida em que observam dois aspectos essenciais de efetividade das normas jurídicas privadas: o respeito à autonomia da vontade das partes e a convicção da juridicidade e obrigatoriedade de determinadas condutas consagradas pela prática.

Esse é o sentido preponderante do recurso a cláusulas contratuais gerais no ramo bancário, o de sedimentação de determinadas práticas reiteradas, em que as partes podem esperar, com razoável grau de confiança – elemento indispensável à efetivação dos negócios bancários –, os efeitos concretos, seguros e desejados de determinadas operações. Isso porque a própria dinâmica das relações negociais bancárias impõe tal característica. A exploração da atividade econômica/financeira/bancária dá-se em regime de elevado grau de concorrência e em nível de relevância que justifica a intervenção do Estado por meio de pessoas constituídas especialmente para tal fim (empresas públicas e sociedades de economia mista). Tal realidade conduz a um mercado que opera em níveis relativamente uniformes, dada a celeridade que espera quem procura o crédito (via de regra, a premência da necessidade impõe limites temporais à pesquisa de preço e condições) e que deve ser atendida por quem o oferta (sob pena de perder o cliente para outra empresa que o atenda de modo mais ágil).

Sem o recurso e sem o uso de cláusulas contratuais padronizadas, haveria inconvenientes para ambas as partes: o cliente estaria sujeito a contratações substancialmente diferentes conforme a instituição financeira casualmente procurada e as instituições financeiras não teriam condições de colocar-se em regime de livre concorrência, por operar em condições muito diversas das demais. Haveria um longo e incompatível processo de negociação dos termos do negócio e um cenário de relativa incerteza quanto ao teor do que se contratou efetivamente, dada a inexistência de normas le-

gais específicas sobre alguns tipos de produtos e/ou operações bancárias.

As cláusulas contratuais gerais padronizadas representam também uma limitação às condições negociais que o proponente poderia praticar de forma indeterminada. Assim, o devedor procura a instituição sabendo, de antemão, quais são as cláusulas e condições vigentes para aquele tipo de produto que deseja contratar.

Portanto, muito mais do que impor a vontade de uma parte sobre a da outra, as cláusulas contratuais gerais corporificam os usos verificados no setor bancário e conferem juridicidade a padrões de comportamento negocial a que – via de regra – falta um regime legal específico e pormenorizado, condições cuja desconsideração sujeitará as partes às discricionárias interpretações das plúrimas leis que poderão ser invocadas pelo interessado (normalmente o devedor) assim que a situação se lhe configure oportuna.

Esse momento sói ser aquele posterior à formalização da avença (atendida a necessidade do crédito, o devedor quer rever o fato de ter pagado um valor que agora reputa indevido) ou quando se configura o inadimplemento (discussão de cláusulas com conteúdo econômico, como tentativa de desconstituir a mora ou como meio de postergar ou mesmo se eximir do cumprimento das obrigações).

As revisões que se procedem normalmente não atentam às circunstâncias subjetivas e objetivas com base nas quais o negócio foi entabulado: necessidade de obtenção de crédito rápido e fácil, em que o cliente aceita e dispõe-se a pagar um preço maior (por exemplo: pela comodidade, uso de cartão de crédito em vez de submissão às exigências formais de um empréstimo pessoal); situação de maior risco de concessão do crédito (cliente com comprometimento patrimonial, que apresenta restrições, sem garantias suficientes), que enseja a cobrança de um preço maior, diretamente vinculado à probabilidade de a instituição não receber o crédito emprestado de volta; entre outras.

Não raro, a revisão faz-se sobre o conteúdo de uma cláusula em tese (ainda que não implementada no decorrer da relação contratual). Já referimos que o fato de os contratos bancários serem majoritariamente de adesão é característica de um processo de racionalização e uma premissa de eficiência, pois responde a uma necessidade própria do produto, do serviço, do cliente e do mercado, que é o dinamismo na concessão de um bem primário (crédito). Assim, não é suficiente à declaração de abusividade que uma cláusula não tenha sido objeto de negociação individual, tampouco que estabeleça ônus aparentemente excessivo: o que deve levar-se em conta é se no conjunto de direitos e obrigações conferidos pelo

contrato existe de fato um desequilíbrio desproporcional e injustificado, considerando que as circunstâncias objetivas e subjetivas da contratação podem ensejar uma onerosidade significativa, diferente da que ordinariamente se verifica, mas que seja absolutamente legítima em face das peculiaridades do caso concreto.

Essas condições são ignoradas quando da revisão judicial de contratos, analisados a partir de um cenário altamente idealizado: o devedor, pessoa acima de qualquer suspeita que nunca deixa de honrar seus compromissos, viu-se obrigado a recorrer a um empréstimo de uma instituição bancária, que lucra exclusivamente às custas de condições negociais exorbitantemente desfavoráveis impostas por ela de modo unilateral a quem teve a ousadia, o azar e a falta de discernimento ao decidir procurar seus serviços. A avaliação, quando muito, é feita objetivamente em relação à taxa média praticada pelo mercado para aquele tipo de produto e pessoa (física ou jurídica) no momento da revisão, sem considerar a situação subjetiva e específica do tomador ao tempo da contratação. Decisões salomônicas, que buscam um meio-termo entre o que se pede e o que se pratica, acabam igualmente por estimular o que se pode chamar de oportunismo judicial (ações revisionais intentadas como temerária aventura ou verdadeira loteria). Basta referir que essa possibilidade veio a ser tardivamente combatida pela inserção de um novo requisito de procedibilidade das ações revisionais por meio da inserção do artigo 285-B no Código de Processo Civil pela Lei nº 12.810, de 15 de maio de 2013.

Essa pré-compreensão de que todo ganho é indevido e desproporcional, de que sua excelência o devedor está em desvantagem e é sempre injustiçado e de que a instituição bancária é uma víbora sorrateira que sobrevive às custas de vítimas devoradas em série por ela é uma visão maniqueísta de um país atrasado que acaba impondo aos bons pagadores a socialização dos encargos da inadimplência e o alto custo do dinheiro no Brasil. É dizer: a despeito de o ativismo judicial pretender produzir efeitos benéficos ao cliente do mercado de crédito individualmente considerado, acaba prejudicando de forma sistêmica as condições gerais em que o produto é indistintamente oferecido.

2 Cláusulas contratuais bancárias comerciais

O Direito Bancário ainda carece de efetividade como ramo de conhecimento jurídico autônomo. Não é incomum encontrar as matérias a ele afetas espalhadas em livros catalogados como de Direito Civil, Comercial, Empresarial, Trabalhista, do Consumidor, Regulatório, Econômico e/ou Financeiro. Por certo que a trans-

versalidade do tema justifica em parte eventuais abordagens sob ópticas específicas, mas não quando tal análise resulta da mera falta de técnica de classificação científica, como o mais das vezes ocorre.

Portanto, a bem do esclarecimento, consignamos que ao propor o tratamento de cláusulas bancárias “comerciais” não estamos a referir o campo próprio do Direito Comercial, como aquelas que decorreriam das relações entre bancos e pessoas empresárias, mas sim as cláusulas praticadas em contratos de crédito comercial, excluídas as especificidades jurídicas (legais e jurisprudenciais) dos contratos de crédito habitacional.

No direito alemão, existem dispositivos legais específicos tratando da regulação das cláusulas contratuais gerais bancárias, classificados nos seguintes tópicos: regras fundamentais de relação entre banco e cliente (âmbito de aplicação e modificação de cláusulas, segredo bancário, responsabilidade do banco, concurso de culpas, compensação, direito aplicável, foro competente); funcionamento de conta (saldo, estornos, comprovantes, distribuição de riscos); deveres de colaboração dos clientes (indicar mudança de nome, residência, representação, clareza nos pedidos, verificação de documentos); custos das prestações bancárias (especificação das formas de fixação e de indicação); garantias para pretensões do banco contra clientes; denúncia (justificada por relevante motivo quando de iniciativa do cliente e o contrato for por prazo determinado; com aviso de razoável antecedência quando de iniciativa do banco; salvo justa causa para ambos); e tutela dos depósitos (assegurados por um fundo).

A existência de um regime legal próprio é o último passo de um longo processo de evolução, que Cordeiro (2012) divide em quatro etapas: aplicação de regras gerais, autonomização jurisprudencial, pequena referência legal e regime legal completo.

A aplicação de regras gerais dá-se quando o fenômeno das cláusulas contratuais gerais bancárias for reconhecido (regras comuns dos negócios jurídicos: boa-fé, função social do contrato, hipóteses de defeito, causas de invalidade) ou quando se negar o seu reconhecimento (como realidade específica, que mereça tratamento jurídico diferenciado).

A autonomização jurisprudencial de regra é antecedida e/ou acompanhada de um enfrentamento adequado do ponto de vista doutrinário e científico, antes referido. Com a evolução de institutos, paulatinamente os tribunais vão conferindo soluções particulares ao problema das cláusulas. Ainda que as decisões evoluam princípios gerais, já são capazes de referendar adequadamente.

mente a existência de um regime diferenciado e autônomo. Via de regra, a autonomização jurisprudencial manifesta-se primeiramente sob a forma de uma intervenção restritiva, tendente à exclusão de cláusulas não cognoscíveis (as que ao tempo da celebração do contrato não eram, não deviam ou não podiam ser de conhecimento dos aderentes) e das cláusulas despropositadas (as que foram incluídas em contrariedade aos usos e costumes dos negócios, frustrando seus objetivos normais).

A pequena referência legal equivale às previsões legislativas que reconhecem estas situações de caráter mais elementar, ora declarando a ineficácia/invalidade de parte do negócio (como em relação às cláusulas impossíveis do aderente conhecer), ora reforçando a necessidade de conduta precaucional no ato da contratação (necessidade de destaque para cláusulas que possam ser prejudiciais ao aderente, facilitando o processo de livre e consciente deliberação sobre a conveniência de contratar nos termos propostos). Fato é que o ilícito aceito por necessidade ou na esperança de que não haverá inconvenientes não merece chancela por parte do ordenamento.

Daí a necessidade de um corpo adequado de regras que não disponha apenas sobre a forma de conclusão dos contratos, mas que penetre em sua substância, de forma a gerar segurança para ambas as partes, certas dos efeitos que o negócio produzirá assim que concluído. Os inconvenientes podem ser decotados de duas formas: adoção de um modelo em que esteja previamente aprovado o conteúdo de cláusulas contratuais gerais de uso legítimo e/ou apreciação da (in)idoneidade das cláusulas por meio de controle jurisdicional.

No caso português, existe uma Lei das Cláusulas Contratuais Gerais, o Decreto-Lei nº 446/85, com regras legais especificamente bancárias, na versão derivada do Decreto-Lei nº 220/95, a partir da necessidade de conformação com algumas exigências do direito comunitário europeu (Diretriz nº 93/13/CEE). O curioso é que, a despeito de base legal mais rígida e pormenorizada, não existe na prática bancária portuguesa cláusulas contratuais gerais comuns aos diversos bancos, o que também se verifica na realidade nacional e demandaria iniciativa conjunta por meio de associação representativa das instituições financeiras (no sistema de autorregulação).

Assentado esse referencial teórico e introdutório sobre a matéria de que se trata, referimos que a análise procede exclusivamente sob a óptica do ordenamento jurídico pátrio, em relação aos aspectos jurídicos das cláusulas de contratos bancários comerciais (excluídas eventuais peculiaridades decorrentes da figuração da Administração Pública como parte contratante), notadamente em relação às controvérsias estabelecidas nos tribu-

nais brasileiros e ao que se tem validado ou não em termos de redação de instrumentos.

Segue, portanto, uma abordagem de itens comuns à maioria dos contratos comerciais bancários e que ensejam a maior parte das demandas judiciais.

2.1 Juros

O tema é dado a controvérsias, sobretudo em função de reminiscências históricas de ordem moral e religiosa, as quais apenas muito recentemente vêm sendo debeladas por melhor compreensão técnica do fenômeno, e, ainda assim, mais em função da visão econômica do que propriamente jurídica.¹

Segundo estudos do Banco Central do Brasil, o fator preponderante para as altas taxas de juros praticadas no país diz respeito à incerteza no recebimento de créditos, muitas vezes gerada por discussões judiciais (FERREIRA; BABILONIA; BARBOSA, 2000). Essa realidade verifica-se a partir da mensuração do custo do dinheiro, por via da composição do *spread* bancário, que é a diferença entre o preço que as instituições financeiras pagam e o que elas cobram pelos recursos que intermedeiam. O *spread* é composto de custos administrativos, impostos, riscos (inadimplência, demandas judiciais), depósitos compulsórios e lucro (normalmente classificado em item “outros”, que inclui, além da margem líquida, erros e omissões).²

Neste sentido, a perspectiva da inserção dos juros contratuais tem de ser vista em cenário ampliado, não só de conformidade e padronização de instrumentos no âmbito de uma empresa pública que atua como instituição financeira, mas como meio de efetivo desenvolvimento econômico, redução do “custo Brasil” e política de prevenção de controvérsias judiciais.

Nesse contexto é que assume importância o cumprimento de deveres jurídicos de clareza e adequação da informação impostos pelo artigo 6º, inciso III, artigo 46, artigo 52 e artigo 54, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, artigo 423 do Código Civil.

¹ Para uma leitura crítica sobre as razões do juízo valorativo depreciativo em torno do tema, recomendamos a leitura do artigo “Os juros compensatórios no mútuo bancário”, de Francisco Cláudio de Almeida Santos, publicado na Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais da Editora Revista dos Tribunais, ano 1, n. 2, maio-agosto de 1998.

² Os estudos do Banco Central divergem substancialmente quanto ao peso de cada componente e sua evolução em perspectiva histórica (de 2004 a 2010 e de 2007 a 2011), em função da metodologia aplicada. Neste sentido, vide Juros e Spread Bancário (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2013) e Relatório de Economia Bancária e Crédito (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2011).

O ideal é que a redação de cláusulas sempre conte com o suficiente esclarecimento sobre a natureza do encargo e o modo de incidência que esteja incidindo na espécie (seja quanto aos juros remuneratórios, juros compensatórios – se a título de perdas e danos ou de lucros cessantes –, juros moratórios, seja em relação aos demais consectários, tais como atualização monetária, multa, custas de cobrança e honorários advocatícios).

São três os tipos de juros incidentes em um contrato: remuneratórios, compensatórios e moratórios. Os juros remuneratórios servem para compensar o credor pela indisponibilidade temporária do capital cedido, ou seja, destinam-se à remuneração do capital. Com efeito, a mora do contrato bancário tem o efeito de prorrogar o cumprimento da avença para fins de incidência dos juros contratuais, que, em tal hipótese e em nome da boa técnica do direito civil, deixam de ser verdadeiramente remuneratórios para adquirir a natureza de juros compensatórios (por perdas e danos e lucros cessantes, previstos nos artigos 402 a 404 do Código Civil), ainda que cobrados pelas mesmas taxas do contrato ou pela média divulgada pelo BACEN (FERREIRA, 2011, p. 161).

Tal rigor técnico não foi incorporado pela jurisprudência, consoante se denota da Súmula 296 do STJ, que previu a possibilidade de incidência de juros remuneratórios para o período de inadimplência, *in verbis*: “Súmula 296 – Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado”.

Do exposto, adota-se a terminologia consagrada jurisprudencialmente, por segurança jurídica (juros remuneratórios), ou a terminologia consagrada doutrinariamente (SCAVONE JUNIOR, 2009), por propriedade técnica (juros compensatórios).

Por fim, os juros moratórios representam um fator de desestímulo e uma indenização pela inadimplência, sendo contabilizados de forma correspondente ao tempo decorrido desde o vencimento da prestação. Encontram previsão legal nos artigos 406 e 407 do Código Civil e não podem ser superiores a 1% ao mês, consoante redação da Súmula 379 do STJ, *in verbis*: “Súmula 379 - Nos contratos bancários não regidos por legislação específica, os juros moratórios poderão ser convencionados até o limite de 1% ao mês”.

Uma primeira referência deve ser feita em relação à já citada Súmula 296 do STJ. Os juros compensatórios fixados nos contratos comerciais, dada sua usual composição por Certificado de Depósito Interbancário (CDI) e taxa de rentabilidade, nem sempre ficam li-

mitados ao percentual contratado (para o período de adimplência, a título de juros remuneratórios).

Outra questão fundamental diz respeito à exclusão da referência aos percentuais indefinidos devidos a título de taxa de rentabilidade (“até 10%”, via de regra), uma vez que é pacífica a jurisprudência no sentido de reconhecer a nulidade e abusividade dessas cláusulas, por potestatividade (sujeitas ao arbítrio exclusivo e unilateral do credor).

Essa forma de redação viola o disposto no artigo 51, inciso X do Código de Defesa do Consumidor e no artigo 122 do Código Civil.

Ainda sobre o tema juros, a bem de não estender em demasia a análise, evidenciar a importância de outras questões correlatas e poder melhor tratá-las em abordagem específica, remetemos às considerações efetuadas nos tópicos que tratam de capitalização de juros, correção monetária e comissão de permanência.

2.2 Capitalização de juros

Pela importância, o assunto da capitalização, a despeito de se inserir no tema dos juros, merece tratamento em tópico à parte.

Questão já pacificada nos tribunais (vide AgRg no REsp 860.382/RJ, rel. ministro Vasco Della Giustina, desembargador convocado do TJ/RS, Terceira Turma, julgado em 09/11/2010, DJe 17/11/2010), diz respeito à possibilidade de cobrança de juros capitalizados nos contratos comerciais assinados posteriormente às MPs 1.963-17/2000 e 2.170-36/2001. Com efeito, basta que haja expressa referência contratual no sentido da forma de incidência (capitalizada) e de sua periodicidade (via de regra, mensal).

Por sua vez, a ausência de previsão expressa a esse respeito coloca a instituição financeira demandada em difícil situação nos processos judiciais, uma vez que a defesa faz-se de forma condicionada (argui-se a legalidade da incidência de juros capitalizados na cobrança do débito, quando ou se existente previsão contratual em tal sentido) ou indireta (remetendo à fórmula matemática de cobrança dos juros, em que – a despeito da ausência de denominação específica – demonstrar-se-ia sua incidência de forma capitalizada).

Esse tipo de argumentação já restou vencida no âmbito dos tribunais, consoante interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça, objeto de notícia no sítio eletrônico do órgão em 14 de junho de 2012 (REsp 1302738).³

³ Disponível em <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=106044&utm_source=agencia&utm_medium=email&utm_campaign=pushsco>. Acesso em: 11 jul. 2013.

O ajuste nas minutas contratuais é medida absolutamente imperiosa, em face do artigo 6º, inciso III, artigo 46, artigo 52 e artigo 54, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, artigo 423 do Código Civil e artigo 28, § 1º, inciso I da Lei nº 10.931/2004.

Destarte, os contratos e Cédulas de Crédito Bancário (CCB), nas cláusulas que tratem de juros (independente de sua natureza, sejam remuneratórios, sejam compensatórios), devem fazer expressa previsão à capitalização de juros, indicando a respectiva periodicidade.

2.3 Correção monetária

A origem da correção monetária data de 1575, na Inglaterra, em virtude do *Act for maintenance of the Colleges in the Universities, and of Winchester and Eaton*, norma segundo a qual as referidas escolas deveriam pagar o arrendamento conforme valor atualizado pela melhor cotação do trigo e do malte no mercado de Cambridge (CALDAS, 1996).

A atualização monetária visa tão somente preservar o valor real contra variações econômicas que implicariam enriquecimento sem causa daquele que pagasse pelo valor nominal não corrigido.

Desta forma, a correção monetária não representa um encargo propriamente dito, mas fator de simples manutenção do poder aquisitivo da moeda contra os efeitos de acréscimo (inflação) ou decréscimo (deflação) de preços, razão pela qual se dá em função de um índice que reflete as oscilações de mercado.

Portanto, a atualização monetária deve representar apenas a efetiva desvalorização da moeda, de modo a preservar seu poder de compra, sem configurar qualquer espécie de lucro, remuneração de capital ou acréscimo real, características próprias de juros. Isso porque a utilização de indexadores que, além de corrigir a perda do poder aquisitivo da moeda, ainda remuneram o dinheiro afronta preceitos de segurança e estabilidade das relações jurídicas, assim como pode ofender o dever de informação e transparência disposto nos artigos 4º, III e IV, 6º, III, 46, 52 e 54 do Código de Defesa do Consumidor.

Neste sentido, cumpre desde logo consignar que a jurisprudência costuma afastar a incidência da taxa de CDI como critério de atualização monetária, uma vez que, sendo títulos emitidos pelos bancos como forma de captação ou aplicação de recursos excedentes, representam o custo do dinheiro para as instituições financeiras, no que se aproximam mais de juros propriamente ditos.

Um argumento vencido em contrário à utilização da CDI diz respeito à pretensa configuração de potestatividade, a partir do

artigo 51, X do Código de Defesa do Consumidor, e do artigo 122 do Código Civil, porque em tese as taxas de juros seriam apuradas de forma circunscrita e cartelizada pelas próprias instituições financeiras credoras. Isto é, as taxas seriam divulgadas por associações de instituições financeiras (ANBID – Associação Nacional de Bancos de Investimento ou CETIP – Central de Custódia e Liquidação Financeira de Títulos), as quais agiriam em favor dos seus associados e em detrimento dos mutuários, deixando ao arbítrio do credor a estipulação da taxa de juros (SALOMÃO NETO, 2011, p. 193).

Atualmente o próprio Banco Central faz um apanhado dessas informações e divulga os dados em seu sítio eletrônico, fazendo a ressalva de que não se responsabiliza pela correção dos dados apresentados, motivo pelo qual igualmente não se poderia recriar minar a publicação das taxas médias por outros entes, independente de sua natureza jurídica, tanto mais quando servem de elementos subsidiadores para comparação de eventuais equívocos e distorções.⁴

Portanto, o problema mais grave diz respeito justamente à natureza jurídica da CDI, mais facilmente caracterizável como juros do que como correção monetária. Tanto assim que a cumulação da CDI com a taxa de rentabilidade é tida como indevida, via de regra resultando no afastamento do percentual previsto a título de taxa de rentabilidade (que seriam os juros compensatórios) em detrimento da CDI (que passa, então, a desempenhar esse papel).⁵

Assim, não há condições objetivas de referir-se, com segurança, que a incidência da CDI em conjunto com taxa de rentabilidade não possa ser entendida como “bis in idem”, pela dupla incidência de juros a título de remuneração, nos casos em que não prevista como comissão de permanência, mas mera cláusula de inadimplência ou impontualidade.

Uma forma de mitigar o risco dessa eventual consideração seria a expressa previsão da CDI como juros compensatórios a título de perdas e danos e da taxa de rentabilidade como juros compensatórios a título de lucros cessantes, tudo com fundamento nos artigos 402 a 404 do Código Civil, em cláusula de impontualidade ou inadimplência (nunca de comissão de permanência).

Essa sugestão não está a salvo de questionamento pela possibilidade de consideração de que os juros compensatórios estipulados como perdas e danos cumprem o mesmo papel de indeniza-

⁴ Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pt-br/sfrv/infopbar/txcred/txjuros/Paginas/Informacoes-gerais.aspx>>. Acesso em: 11 jul. 2013.

⁵ AgRg no Ag 656884 RS 2005/0019420-7, relator: ministro Barros Monteiro, data de julgamento: 07/02/2006, T4 - QUARTA TURMA, data de publicação: DJ 03/04/2006, p. 353.

ção de inadimplência que os juros de mora, razão por que haveria igualmente e em tese a incidência de dois encargos sob a mesma justificativa, configurando eventualmente novo “bis in idem”, caso em que o contrato poderia prever apenas um dos encargos referidos (ou juros compensatórios de perdas e danos ou juros de mora, e nunca cumulados sob a égide de “comissão de permanência”).

Tal risco adviria de interpretação dada ao parágrafo único do artigo 404 do Código Civil (grifo nosso): “Provado que os juros de mora não cobrem o prejuízo, e não havendo pena convencional, pode o juiz conceder ao credor indenização suplementar”.

Há margem para contra-argumento jurídico no sentido de que o parágrafo único deve ser lido à luz do caput do artigo, segundo o qual “as perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional”.

Como exposto, o artigo em comento não refere ou estabelece delimitação da espécie de juros passível de incidência, havendo de admitir-se todos os consectários legais permitidos (moratórios e remuneratórios ou compensatórios). Logo, não haveria base para restringir o âmbito de aplicação da norma.

Na mesma linha de raciocínio, a incidência do parágrafo único em comento dar-se-ia apenas nos casos em que o credor buscas-se, em juízo, o arbitramento de uma indenização suplementar, para o que seria necessária a comprovação de que se deixou de receber remuneração de aplicação financeira superior à dos juros de mora, não se confundindo com os casos em que os juros são prévia, expressa e pormenorizadamente pactuados (sobretudo em face dos permissivos legais específicos, consubstanciados nos incisos do § 1º do artigo 28 da Lei nº 10.931/2004).

Nesse caso, teríamos como justificativa para cada um dos encargos os seguintes argumentos:

a) a atualização monetária visa à preservação do valor da moeda contra os efeitos deletérios da inflação;

b) os juros compensatórios de perdas e danos têm caráter indenizatório da inadimplência (o banco tem de buscar no mercado o dinheiro que o mutuário deixou de alcançar, para fazer frente a outros compromissos e obrigações que tem de manter);

c) os juros compensatórios de lucros cessantes visam à preservação da estimativa de ganho, da remuneração pela indisponibilidade do capital alcançado ao mutuário;

d) a multa ou cláusula penal e os juros de mora têm caráter eminentemente punitivo, sancionatório, representam um fator de desestímulo à inadimplência, na medida em que diferenciariam o

bom e o mau pagador, de modo a não igualar comportamentos que são – do ponto de vista valorativo – substancialmente diversos;

e) os tributos, os honorários advocatícios contratuais (extrajudiciais) ou sucumbenciais (judiciais), as custas processuais e demais despesas de cobrança visam à observância da restituição integral, na medida em que são despesas extraordinárias em que o credor não incorreria se o pagamento fosse feito normalmente.

2.4 Comissão de permanência

A expressão “comissão de permanência” normalmente vem identificada em cláusulas codenominadas de “impontualidade” e “inadimplência”. A terminologia não é apropriada, pois confunde conceitos econômicos e jurídicos.

O termo “impontualidade” assume o mesmo conceito econômico de “inadimplência”: atraso em compromisso de pagamento; não pagamento de compromisso financeiro até a data de vencimento. Mas o termo “inadimplência” também tem sua acepção jurídica, associada ao descumprimento de um contrato ou qualquer de suas condições. Neste sentido, fala-se em inadimplência (ou inadimplemento) contratual.

Sobre a “comissão de permanência”, pode ser caracterizada como um encargo que incide a partir da caracterização da inadimplência (em qualquer de seus sentidos).

O Superior Tribunal de Justiça fixou sua compreensão acerca da comissão de permanência em termos de condicionada legalidade.⁶ Tal interpretação foi corolário de inúmeras dificuldades anteriores de fixação de entendimento, expressamente reconhecidas em precedentes, como quando do julgamento do Recurso Especial 1.061.530-RS, em que restou assentado que a definição da comissão de permanência era das tarefas mais árduas do Direito Bancário.

Para o CCB há disposição específica no artigo 28 da Lei nº 10.931/2004.

Portanto, juridicamente, a inadimplência permite a cobrança dos seguintes encargos: 1) atualização monetária, juros compensatórios/remuneratórios para o período de inadimplência, juros moratórios, multa, custas processuais e honorários advocatícios (judiciais ou extrajudiciais), ou 2) comissão de permanência, custas processuais e honorários advocatícios (judiciais ou extrajudiciais).

⁶ Neste sentido, vide AgRg no AREsp 50.999/SE, rel. ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 17/04/2012, DJe 23/04/2012, e REsp 1063343/RS, rel. ministra Nancy Andrighi, rel. para Acórdão: ministro João Otávio de Noronha, Segunda Seção, julgado em 12/08/2009, DJe 16/11/2010.

Tal entendimento restou pacificado pela Súmula 472 do Superior Tribunal de Justiça, publicada em 19 de junho de 2012, *in verbis*: “Súmula 472: A cobrança de comissão de permanência – cujo valor não pode ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato – exclui a exigibilidade dos juros remuneratórios, moratórios e da multa contratual”.

2.5 Honorários advocatícios

A cobrança de honorários advocatícios pressupõe a existência de cláusula contratual autorizativa e a efetiva realização de serviço (cobrança extrajudicial feita por advogado ou ajuizamento de ação judicial).

A procuração outorgada a advogado serve como meio alternativo de prova da contratação do serviço (para os casos de contratos verbais, não formalizados em instrumento próprio), cujos parâmetros de remuneração serão aqueles percentuais ou valores mínimos estipulados pela Ordem dos Advogados do Brasil nas tabelas de honorários, que são fixadas por cada uma das seccionais, considerando as peculiaridades regionais.

Em relação a terceiros (a quem se repassa o custeio do encargo, na medida em que dão causa à incidência de custo extraordinário), a inexistência de qualquer dos pressupostos enseja o reconhecimento da improriedade da cobrança e/ou abusividade da cláusula, com repetição de eventual indébito por valor igual ao que se pagou em excesso ou equivalente ao dobro do que se exigiu indevidamente, acrescido de correção monetária e juros legais, ao teor dos artigos 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor e 940 do Código Civil.

Importante referir que não se confundem os honorários contratuais, para o caso de execução extrajudicial, com os honorários de sucumbência, estipulados em juízo. Ambos podem incidir de modo concomitante, uma vez que se trata de trabalhos autônomos, efetuados em momentos distintos.

Os honorários advocatícios judiciais (ou de sucumbência) dispensam expressa previsão contratual, por estarem definidos em lei, de acordo com parâmetros dispostos no artigo 20, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil, os quais impõem a fixação entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, atendidos o grau de zelo profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Os honorários advocatícios contratuais (extrajudiciais) encontram fundamento legal nos artigos 389, 395 e 404 do Código Civil

e podem incidir em caso de cobrança extrajudicial efetuada por advogados. Nada impede, entretanto, que se contratem igualmente honorários advocatícios para atuação judicial, independente do resultado da demanda (defesa judicial do cliente, que contrata, suporta o encargo e beneficia-se do trabalho realizado, desatrelado de eventual êxito processual e de custeio pela parte vencida, como ocorre com os honorários de sucumbência).

Assim, em síntese, a intervenção de advogado pode suscitar a incidência de honorários advocatícios contratuais (por atuação extrajudicial, caso em que serão suportados por quem assumir o ônus, ou por atuação judicial, caso em que serão suportados pelo representado, que se beneficia da prestação de serviço diretamente) e de honorários advocatícios de sucumbência (como uma espécie de prêmio a ser suportado pela parte vencida judicialmente).

Em relação a restrições legais para fixação de honorários advocatícios contratuais, é importante lembrar que, ao teor do artigo 28, inciso IV, da Lei nº 10.931/2004, há limite de fixação de honorários advocatícios extrajudiciais nas CCB, no máximo de 10% (dez por cento) sobre o valor total devido.

De igual modo, vedam-se estipulações contratuais abertas, variáveis a critério exclusivo de uma das partes, declarando-se a nulidade da cláusula pelo reconhecimento de sua potestatividade.

Neste sentido, não se pode prever a incidência de honorários em percentual indefinido, em que pese fixados um mínimo e um máximo, porquanto nesse intervalo o credor teria livre-arbítrio de estipular o montante devido, em atenção ao seu exclusivo interesse.

Satisfeitas tais premissas, será regular a cobrança de honorários advocatícios. Questão paralela que se cogita diz respeito à forma de cobrança. Ao par de valores a serem recolhidos para satisfação dos empréstimos, percebe-se que em alguns locais as custas processuais e honorários advocatícios são apresentados ao devedor como custo aberto e apartado da renegociação.

Quando cobrados a título de mera despesa administrativa, sem previsão contratual, é alta a probabilidade de que a cobrança de honorários advocatícios extrajudiciais seja declarada indevida, assim como qualquer outra rubrica de indenização de custo de cobrança sem amparo contratual (cobrança por telesserviço, empresa terceirizada especializada, despesas postais, despesas cartorárias, despesas com serviços de restrição cadastral etc.), sendo recomendável que tais encargos estejam subsumidos no preço, taxa de juros, entrada ou parcelas que são objeto de acordo, não podendo ser repassados como ônus autônomo e condicionante da renegociação.

Ainda nesse caso será questionável a não incidência de honorários advocatícios, uma vez que sua aplicação decorre de lei, como condição de efetivo e integral resarcimento dos prejuízos que a parte teve (assim como perdas e danos, atualização monetária, juros, custas e honorários), bastando que a parte faça a demonstração do quanto despendeu no caso em concreto.

Entretanto, se existe previsão contratual em tal sentido, não há possibilidade de legítima alegação de ilegalidade na cobrança, sendo a oportuna e segregada apresentação da rubrica para cobrança questão de melhor ou pior estratégia negocial.

Em caso de contratos consumeristas por adesão, o cuidado deve ser maior em face de um precedente ainda recente (STJ, Recurso Especial nº 1.274.629 - AP (2011/0204599-4), rel. ministra Nancy Andrighi, 16/05/2013). As premissas do julgamento foram as seguintes:

– é abusiva a cláusula contratual que prevê imputação ao devedor em mora de responsabilidade ampla e sem limites pelo pagamento de honorários advocatícios extrajudiciais;

– o artigo 51, XII, do Código de Defesa do Consumidor prevê de forma expressa a nulidade das cláusulas contratuais que “obriguem o consumidor a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito seja conferido ao consumidor” (outra saída seria prever que o encargo configura-se para ambas as partes, mas não recomendamos tal alternativa, em virtude da excessiva protetividade do Judiciário e potenciais danos ao credor);

– os honorários são devidos em caso de efetiva prestação de serviço profissional, não bastando a mera inadimplência, consoante Enunciado 161 do Conselho da Justiça Federal (“Os honorários advocatícios previstos nos arts. 389 e 404 do Código Civil apenas têm cabimento quando ocorre a efetiva atuação profissional do advogado”), não sendo suficientes para tal configuração os atos de mera cobrança por telefone, correspondências físicas ou eletrônicas e outros meios semelhantes (serviços gerais de cobrança administrativa), mas a contratação de advogado estritamente necessária, após tentativas amigáveis frustradas, e a comprovação da efetiva prestação de serviços privativos (questionável, pois a cobrança não é atividade privativa da advocacia nos termos do artigo 1º da Lei nº 8.906/94, diante do que se faria letra morta dos artigos 389, 395 e 404 do Código Civil, pois nunca seriam aplicáveis).

Via de regra, as tentativas de composição são feitas pelos gestores e a cobrança administrativa é operacionalmente feita pela empresa ou terceiro especialmente contratado. Neste sentido, a intervenção do advogado é feita em última instância, como derradeiro esforço, em situações pontuais em que aparentemente se justifica (pela relevância, pela efetividade, entre outros).

O fato é que não se afasta a necessidade de comprovação da efetiva incidência do encargo, o devedor tem o mesmo dever conexo à boa-fé objetiva de honrar o compromisso e não fazer o credor incidir em custos desnecessários e não se pode dar o mesmo tratamento ao inadimplente e ao tomador que cumpre espontaneamente suas obrigações.

Por certo que a decisão ainda haverá de ser modulada pela análise de casos posteriores, até que se firme como orientação de julgamento. Neste sentido, cumprirá intervir judicialmente, ponderando aspectos aqui ressaltados.

Em todo caso, como medida de compatibilização, a melhor estratégia é o tratamento em cláusula única para honorários extrajudiciais e de sucumbência, de modo que a aplicabilidade dê-se conforme o caso, o que mitigaria a possibilidade de declaração da abusividade em tese e em abstrato.

2.6 Multa

A multa contratual admite outras denominações, tais como cláusula penal ou pena convencional. Encontra fundamento nos artigos 408 a 416 do Código Civil.

A cláusula penal é obrigação acessória, pela qual se estipula pena ou multa destinada a estimular o cumprimento da obrigação principal e evitar seu retardamento. Portanto, pode verificar-se a partir da inexecução (total, parcial ou defeituosa) da obrigação principal, de alguma cláusula contratual específica ou simplesmente mediante constituição do devedor em mora (atraso).

Neste sentido, a lei distingue duas espécies de multas de cunho material (existem ainda as de índole processual, de natureza cominatória, denominadas astreintes, destinadas a garantir a efetividade de ordem judicial). São elas: as multas moratórias (de caráter eminentemente punitivo, sancionatório) e as multas compensatórias (de caráter indenizatório e/ou de prevenção de prejuízos, como espécie de prefixação de perdas e danos).

As multas moratórias são uma penalidade imposta a quem não paga tempestivamente o débito, tratando-se de um diferencial em relação àqueles que cumprem suas obrigações no prazo contratual.

As multas compensatórias têm por escopo uma mínima e prévia fixação de eventuais perdas e danos para o caso de descumprimento do contrato. São estipuladas para os casos de inadimplemento total ou parcial da obrigação (hipótese do artigo 410, com limitadores dos artigos 412 e 413 do Código Civil).

Nada obsta, portanto, que se cumulem multas, por fundamentos diversos. Pode-se estabelecer contratualmente uma multa

compensatória e outra multa moratória (para o caso de atraso e/ou cumprimento imperfeito da obrigação).

Nos contratos comerciais, via de regra, estipula-se apenas a multa moratória, e é salutar que assim o seja, pois a indenização decorrente da impontualidade normalmente vem articulada sob a forma de juros (compensatórios, ou “remuneratórios para o período de inadimplência”).

A importância de delimitar o caráter sancionatório, punitivo, da multa (moratória) é impedir discussão quanto à razoabilidade do patamar em que é avençada, com possibilidade de redução em juízo, o que se admite para o caso em que a multa tenha a característica de prefixação das perdas e danos (multa compensatória ou indenizatória).

Isso porque o artigo 411 do Código Civil autoriza o credor a exigir a satisfação da multa estipulada para o caso de mora ou em segurança de cláusula determinada, juntamente com a obrigação principal. Se a pena convencional tem valor reduzido, não há incompatibilidade na cumulação de exigência de multa e cumprimento da obrigação.

Daí a razão pela qual as multas compensatórias normalmente são fixadas em patamares elevados, próximos do valor da obrigação principal (dada, inclusive, a possibilidade de redução em sede de revisão judicial). Entretanto, se o valor da multa é pequeno, infere-se que seja moratória, pois o credor não aceitaria fixar valor reduzido para compensar perdas e danos decorrentes da inexecução do ajuste.

Assim, entende-se que a redução da cláusula penal só será possível quando: a) exceder o valor da obrigação principal (artigo 412 do Código Civil); b) a obrigação principal tiver sido reduzida em parte (artigo 413 do Código Civil, parte inicial); e c) o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio (artigo 413 do Código Civil, parte final). Nesses casos, o juiz deve reduzir o valor da pena convencional, sem declarar sua ineeficácia.

A caracterização do que seja “montante manifestamente excessivo, em vista da natureza e da finalidade do negócio”, demandaria análise no caso concreto. Há julgados que referem a legalidade de multas fixadas em patamares não usuais.⁷

⁷ “*Contrato. Cláusula penal. 50% do valor do débito. Legalidade. Art. 412 do Código Civil. Redução. Impossibilidade. Recurso improvido*” (TJSP, AP. Cível n. 912.702-0/0/Atibaia, 31ª Câmara de Direito Privado, rel. Des. Paulo Ayrosa, j. 07.11.2006, v.u., voto n. 7977).

“*A estipulação de cláusula penal em 50% do valor do contrato não é ilegal e nem se reveste de abusividade, sendo possível sua estipulação em ajuste como o aqui*

Entretanto, há diplomas legais específicos que estabelecem limites para o valor da cláusula penal moratória. Nos contratos bancários a que se aplica o regime jurídico do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), a multa fica limitada a 2% do valor da(s) prestação(ões) atrasada(s), por força no disposto no artigo 52, § 1º do referido diploma legal.

Da mesma forma, é de considerar-se o disposto no Decreto nº 22.626/1933, que dispõe sobre juros nos contratos, reprime a usura e dá outras providências. Essa norma foi revigorada pelo Decreto de 29 de novembro de 1991 e estabelece, em seu artigo 9º, não ser válida a cláusula penal superior à importância de 10% do valor da dívida.

Tais disposições aplicam-se apenas às hipóteses de multa moratória, nas quais o objetivo é compensar o mero atraso no cumprimento da obrigação. Não se destinam a compensar prejuízos suportados pelo credor.

Do exposto, entende-se oportuna a prefixação padronizada do limite de 2%, a título de multa moratória nos contratos comerciais, por representar montante razoável em face do que se pretende sancionar, sem atrair os inconvenientes de discussão e revisão judicial para menor.

Outra questão a que se deve atentar na produção de minutas de contratos diz com a impossibilidade de cumulação de multa com comissão de permanência, ao teor da Súmula 472 do Superior Tribunal de Justiça, publicada em 19 de junho de 2012, *in verbis*: “Súmula 472: A cobrança de comissão de permanência – cujo valor não pode ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato – exclui a exigibilidade dos juros remuneratórios, moratórios e da multa contratual”.

Por fim, não se pode igualmente estipular a multa em caráter unilateral nos negócios jurídicos que obrigam bilateralmente.⁸

tratado. A cláusula penal, salvo hipóteses especiais impostas por normas específicas, porque livremente pactuada e por não extrapolar os limites previstos no artigo 920 do Código Civil de 1916, correspondente ao art. 412 da Lei n. 10406/2002, não se ostenta ilegal, motivo pelo qual se configura legítima sua cobrança nos termos contratados. Não pode o devedor eximir-se de cumprir a pena convencional a pretexto de ser excessiva, só se considerando como tal se ultrapassado o limite legal, relevando salientar que a intervenção do juiz acabaria por inutilizar a estipulação da pena convencional” (TJSP, AP. n. 939.893-0/9, rel. Des. Orlando Pistorresi, j. 25.07.2007).

⁸ “*Viola o Código do Consumidor (art. 51, IV, e seus §§ 1º e 2º) o contrato de adesão que prevê cláusula penal pelo seu descumprimento em favor apenas do fornecedor que o redigiu. Essa estipulação é evidentemente iníqua e abusiva, colocando o consumidor em desvantagem exacerbada, além de ser incompatível com a equidade, uma vez que às partes celebrantes de um contrato deve ser dado tratamento igualitário no que respeita aos ônus decorrentes de seu descumprimento” (TJSP, AP. com revisão n. 696366-0/9, rel. des. Amaral Vieira, j. 12.06.2007).*

2.7 Notificação prévia do devedor

Em muitos contratos existe estipulação de um dever acessório de notificação prévia do devedor para configuração da mora. Tal ocorre, via de regra, nos casos em que a impontualidade pode caracterizar-se a partir do descumprimento de um determinado índice de desempenho e/ou nível de garantia, nos casos em que os valores são vultosos e envolvem contratantes de porte considerável, nos casos em que a configuração de inadimplência não se possa reverter sem ajustes operacionais e financeiramente custosos ou mesmo que determinem medidas mais graves (como a execução do contrato), ou ainda nos casos em que pela arquitetura da operação tal procedimento torna-se aconselhável.

Essa parece ser a situação dos empréstimos consignados. Pode acontecer de o inadimplente não ser o tomador do crédito, mas o órgão conveniente, que deixa de fazer o repasse do valor retido na forma contratada. Nesse caso, a notificação prévia pode evitar tanto o direcionamento da execução contra quem não está em mora quanto uma eventual negativação indevida ou mesmo uma condenação em danos morais.

Uma vez avençada a obrigação de notificação prévia, o procedimento é erigido à condição de requisito de procedibilidade da execução judicial, caso em que sua ausência invariavelmente determina a extinção do processo por falta de interesse de agir (se não cumpre o requisito indispensável à configuração do devedor em mora, não pode executar o crédito que ainda não se tornou plenamente exigível).⁹

Ocorre que o procedimento, a despeito de contratado, nem sempre é implementado pelas áreas responsáveis. Tal defeito de execução operacional conduz ao enfrentamento do problema sob duas ópticas possíveis: o mero ajuste de procedimento, tendente à efetividade de realização da providência, ou a revisão dos contratos, com exclusão da cláusula, nos casos em que decorre da livre vontade das partes contratantes, sem constituir-se em obrigação legal ou decorrente de outra espécie de avença.

Nesta senda, é importante referir que a própria citação válida constitui em mora o devedor, ao teor do artigo 219 do Código de Processo Civil.

De igual modo, para os simples casos de inadimplência (por falta de pagamento ao tempo do vencimento da obrigação), é

⁹ *AgRg no Ag 1185026/SP, rel. ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 07/10/2010, DJe 19/10/2010.*

desnecessária a notificação prévia do devedor, uma vez que a mora do devedor se constitui pela inobservância da cláusula que trata do pagamento combinada com a que prevê o vencimento antecipado da dívida ante o descumprimento de qualquer cláusula contratual.

Assim, temos dois casos para ilustração, sendo o primeiro o que segue:

Havendo o desconto da prestação e não ocorrendo o repasse pela CONVENENTE/EMPREGADOR, o (a) DEVEDOR(A), após devidamente notificado pela CREDORA acerca da ausência de repasse, deverá comprovar, no prazo de 15 (quinze) dias corridos, o desconto referente à prestação mensal do empréstimo não repassada à CREDORA, a fim de evitar que seu nome seja incluído nos cadastros restritivos por esta razão.

A fim de que a ausência de notificação não prejudique a plena exequibilidade do título de crédito, tornando nula a execução nele amparada quando não se tenha procedido a tal notificação, recomenda-se a simples exclusão dos trechos tachados. A necessidade de notificação seria mantida como rotina operacional nos manuais normativos (uma vez que sem ela o devedor não terá condição de saber da ausência de repasse, nem terá termo para contagem do prazo de 15 dias, o qual seria igualmente retirado do contrato e inserido no texto da própria notificação).

Segundo caso:

VENCIMENTO ANTECIPADO

É facultado às partes o direito de rescindir a presente Cédula de Crédito Bancário a qualquer tempo, bastando a notificação por escrito, com prazo de antecedência mínima de 15 dias. Será considerada antecipadamente vencida a dívida diante das hipóteses dos artigos 333 e 1425 do Código Civil e nos seguintes casos:

- a) inadimplência, entendida como o não cumprimento de uma ou mais cláusulas desta cédula;
- b) por não ser mais do interesse da CREDITADA;
- c) quando a CREDITADA não mais apresentar as condições exigidas pela CREDORA para a manutenção do(s) CRÉDITO(S) ROTATIVO(S), tais como: falta de capacidade econômica, estado de insolvência, protesto de títulos, restrição cadastral, possuir operação em situação irregular, dentre outros;
- d) quando a CREDITADA deixar de fazer movimentação financeira espontânea por mais de 90 (noventa dias) consecutivos.

Parágrafo Único Primeiro - ~~No(s) caso(s) descrito(s) no caput desta CLÁUSULA, bastará a notificação por escrito com a fixação da data que será operado o vencimento antecipado.~~

Parágrafo Segundo - Operando o vencimento antecipado, encerrar-se-á o respectivo limite de CRÉDITO ROTATIVO e a CREDITADA e/ou o(s) AVALISTA(S) pagará(ão) em 24 (vinte e quatro) horas o saldo devedor apurado na forma de utilização do limite e de ocorrência de Excesso Sobre Limite, se for o caso, sob pena de incidência dos encargos de inadimplência ficar(em) constituída(os) em mora. ~~Não ocorrendo o pagamento, o débito ora definido se sujeitará à incidência de comissão de permanência e juros de mora, ficando a CREDORA autorizada a promover a execução em caso de não pagamento.~~

Comenta-se:

1) *Caput*: O vencimento antecipado de dívida (fundamento nos artigos 333 e 1425 do Código Civil) não se confunde com os casos de extinção ou rescisão contratual (distrato, pela vontade de ambos, com fundamento no artigo 472 do Código Civil, ou resilição unilateral, com fundamento no artigo 473 do Código Civil). A resilição unilateral, por força do dispositivo legal citado, sempre se opera por meio de notificação, sendo desnecessária sua estipulação no contrato;

2) Alínea "a": Se a inadimplência é simplesmente entendida como descumprimento de qualquer cláusula contratual, é desnecessária sua conceituação em cláusula que trata especificamente do vencimento antecipado;

3) Alínea "b": A ausência de interesse da creditada pode ser formalizada nos mesmos termos do artigo 473 do Código Civil, cabendo de expressa previsão contratual;

4) Parágrafo Primeiro: O conteúdo da notificação não carece de prévia delimitação contratual;

5) Parágrafo Segundo: A constituição em mora decorre da cláusula de inadimplência ou da inobservância da cláusula que trata do pagamento combinada com a do vencimento antecipado. Assim, é necessário apenas referir a incidência dos encargos decorrentes da impontualidade. Ainda, impossível a cumulação de comissão de permanência com juros de mora. Por fim, não se pode condicionar autorização para execução judicial a todos esses fatos precedentes (necessidade de notificação para constituição em mora combinada com falta de pagamento).

A fim de que não se gere prejuízo de conteúdo, recomenda-se que o texto tachado passe a constituir objeto de cláusula pró-

pria, uma vez que trata de hipótese de denúncia do contrato (no original: caput, alínea “b” e parágrafo primeiro).

2.8 Mandato

Em primeiro lugar, é de referir-se a existência de uma distorção conceitual a respeito do que se entende por cláusula-mandato. Segundo se define, cláusula-mandato seria aquela em que “uma das partes nomeia antecipadamente a outra como sua parte representante, outorgando-lhe poderes para realização de determinados negócios em seu próprio favor”, e que seria considerada abusiva quando, ao teor do artigo 51, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor, se “imponha representante para concluir ou realizar outro negócio jurídico pelo consumidor” (MIRAGEM, 2008, p. 237-238).

Atualmente, tanto pessoas físicas quanto jurídicas têm elevado grau de relacionamento com as instituições financeiras, inclusive obtendo benefícios conforme o número ou a variedade de produtos financeiros contratados (redução de taxas de juros, descontos em pagamento de prêmios de seguros, isenção de tarifas de manutenção de conta, entre outros).

Pois bem, essa realidade impõe a necessidade de prestação de um serviço próprio da atividade financeira, que é o gerenciamento de recursos mantidos em contas bancárias em face dos diversos compromissos assumidos pelo cliente (neste sentido, podemos citar operações de desconto de títulos e antecipação de recebíveis, combinadas com necessidade de pagamento tempestivo de empréstimos, pagamentos agendados, débito automático, entre outros).

Nesse contexto, verifica-se que a estipulação da cláusula-mandato não atende exclusivamente ao interesse do prestador do serviço. Pode acontecer de o crédito que se busca satisfazer sequer ser de titularidade do mandatário. E, ainda nesse caso, deve-se considerar como legítima a pretensão da instituição financeira em haver o seu crédito se o devedor mantém recursos disponíveis em outras contas de movimentação. Veja-se que a autotutela do direito é situação permitida pelo ordenamento jurídico em vários casos (tal como no desforço imediato, na prerrogativa de estabelecimentos de hospedagem reterem pertences de clientes inadimplentes, entre outros). Isso porque o devedor de boa-fé nunca poderá alegar que não era sua intenção quitar a obrigação no vencimento, incorrendo em encargos de inadimplência (juros moratórios, multa etc.). Sob esse argumento, o maior benefício da credora seria deixar o mutuário incorrer em mora para acrescer valores ao seu direito de crédito contra o consumidor.

Em tal contexto, parece-nos que a demonstração da existência de conflito de interesses entre mandante e mandatário¹⁰ e a prova do efetivo prejuízo sejam condições necessárias para a consideração de eventual abusividade da cláusula. A menos que fique provada a má gestão da instituição financeira (por exemplo, quando deixa de debitar a quantia devida do investimento menos rentável ou com menor prazo contratado para remuneração), não se vislumbra motivo qualquer para a declaração de abusividade da cláusula, como situação que mereça antecipado juízo de reprovabilidade.

O que o mais das vezes ocorre é o consumidor sentir-se lesado pela frustração de uma expectativa futura, de aquisição de um bem de valor considerável, da indisponibilidade de poupança para o caso de eventual necessidade ou circunstância congênere. Fato é que a boa-fé não autoriza que transfira à instituição financeira o custo de sua inadimplência por conta de sua desorganização e falta de planejamento financeiro, do que a existência de saldo credor em conta para fazer frente à obrigação assumida é de considerar-se a regra. Não raro e em situação inversa (quando não contratada a cláusula-mandato), ocorre igualmente de o cliente sentir-se lesado por incorrer em débito quando tenha disponibilidades em outras contas mantidas junto à instituição financeira.

Basta referir que o ordenamento jurídico dá melhor tratamento à questão quando regula as relações civis. O artigo 117 do Código Civil chancela a legalidade da cláusula-mandato, referindo a mera anulabilidade do negócio jurídico que o representante, no seu interesse ou por conta de outrem, celebrar consigo mesmo, excetuadas ainda as hipóteses legais ou de *autorização do representado*. Não nos parece que as relações consumeristas, pela mera presunção de desequilíbrio inicial entre as partes, de-

¹⁰ Vide, a contrário sensu, o seguinte julgado com os trechos que destacamos: “**PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - AGRAVO REGIMENTAL - CONTRATO BANCÁRIO - NOTA PROMISSÓRIA - CLÁUSULA MANDATO - VIOLAÇÃO AO ART. 51, IV, CDC - SÚMULA 60/STJ - NULIDADE - DESPROVIMENTO.** 1 - É nula a cláusula contratual em que o devedor autoriza o credor a sacar, para cobrança, título de crédito representativo de qualquer quantia em atraso. **Isto porque tal cláusula não se coaduna com o contrato de mandato, que pressupõe a inexistência de conflitos entre mandante e mandatário.** Precedentes (REsp 504.036/RS e AgRg Ag 562.705/RS). 2 - Ademais, a orientação desta Corte é no sentido de que a cláusula contratual que permite a emissão da nota promissória em favor do banco/embargado **caracteriza-se como abusiva, porque violadora do princípio da boa-fé, consagrado no art. 51, Inciso IV do Código de Defesa do Consumidor.** Precedente (REsp 511.450/RS). 3 - Agravo regimental desprovido” (AgRg no REsp 808.603/RS, rel. ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, julgado em 04/05/2006, DJ 29/05/2006, p. 264).

vam merecer solução jurídica diversa (nulidade em vez de anulabilidade).

Ora, a consequência prática da reversão da cláusula-mandato, pelo reconhecimento de pretensa nulidade consumerista ou anulabilidade civil, seria a ineficácia do ato ou negócio jurídico impugnado, ou seja, a invalidade da imputação do pagamento efetuado com recursos mantidos na própria instituição financeira, do que seria corolário lógico a restituição ao *status quo* (de inadimplemento e saldo devedor), com incidência de todos os encargos contratualmente estabelecidos para o caso de mora. Parecemos evidente que nenhum sensato consumidor deixaria de ratificar o ato ou negócio jurídico realizado pelo representante em circunstâncias tais.

Neste sentido, a jurisprudência reconhece a validade da estipulação contratual de cláusula-mandato (REsp 523154/RS, rel. ministra Nancy Andrigi, Terceira Turma, julgado em 21/08/2003, DJ 22/09/2003, p. 325). E mesmo quando declara a ilegalidade, o faz de forma vacilante, posto que o problema não é atacado em sua verdadeira causa, como no REsp 296453/RS:

Compra e venda de bem imóvel assinada e paga antes do contrato de financiamento entre a construtora e o banco, mediante garantia hipotecária. Ausência de consentimento dos promitentes compradores. Cláusula que institui mandato para esse fim considerada abusiva, a teor do art. 51, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

1. Considerando o Acórdão recorrido que o bem foi comprado e integralmente pago antes do contrato de financiamento com garantia hipotecária, que os adquirentes não autorizaram a constituição de tal gravame, que sequer o mandato foi exercido e, ainda, que é abusiva a cláusula que institui o mandato, a teor do art. 51, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, não existe afronta a nenhum dispositivo sobre a higidez da hipoteca, presente a peculiaridade do cenário descrito.
2. Recurso especial não conhecido. (REsp 296453/RS, rel. ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 05/06/2001, DJ 03/09/2001, p. 222).

Ora, é evidente que no caso o problema não é a cláusula-mandato, mas a necessidade de proteção do direito do terceiro de boa-fé e repressão à má-fé da construtora, que obteve o duplo financiamento do imóvel (junto ao agente financeiro, com a hipoteca das unidades construídas, e junto ao adquirente, mediante promessa ou compra e venda da unidade). Tanto é assim que, em seu devido tempo, remediou-se a situação por diversa via, qual seja, o reconhecimento da ineficácia da hipoteca firmada entre a

construtora e o agente financeiro, independente de anterioridade ou posterioridade de (promessa de) compra e venda, perante os adquirentes do imóvel (Súmula 308, Segunda Seção, julgado em 30/03/2005, DJ 25/04/2005, p. 384).

Assim, restariam como únicas hipóteses plausíveis para a declaração da abusividade e da consequente nulidade da cláusula-mandato as situações esdrúxulas¹¹ ou as já sancionadas e reprimidas por pacífico entendimento jurisprudencial, como o da Súmula 60 do STJ, pela qual “é nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste”.

2.9 Eleição de foro, aplicação de lei estrangeira e idioma de redação do contrato

Tem sido cada vez mais comum em contratos internacionais a estipulação pela parte contratante de cláusulas de eleição: a) de lei estrangeira para interpretação e execução do acordo; b) de regras e de câmaras internacionais de arbitragem para prévia tentativa de resolução de conflitos; e c) de ingresso e manutenção de demandas judiciais em foro estrangeiro.

Assim, fica a instituição financeira nacional sujeita a leis estrangeiras (normalmente do Estado de Nova York, EUA), com expressa declaração de exclusão de conflitos de regras legais que possam determinar a aplicação de outra jurisdição ou de outras leis, como a brasileira, com irrevogável renúncia a alegações de imunidade, soberania e foro especial, e dever de ajuizamento de ações e manutenção de qualquer processo judicial em tribunais norte-americanos.

Tais documentos são escritos e executados no idioma inglês, língua regente para todos os efeitos, sendo as traduções submetidas a análise a título de mera conveniência e, via de regra, em versão não juramentada.

A despeito da inexistência de qualquer óbice legal para estipulação de tais obrigações, tais cláusulas colocam a instituição e o advogado em posição de relativa vulnerabilidade, em virtude do desconhecimento de regras materiais e processuais de direito estrangeiro e da insegurança quanto ao destino da resolução de controvérsia em tais termos fixada.

¹¹ Cláusula pela qual o consumidor autoriza o banco a aplicar recursos disponíveis no mercado financeiro a seu exclusivo critério, mas em prejuízo do outorgante. Essa hipótese está descrita na alínea “c”, sem indicação de julgado, como exemplo de ilegalidade de cláusula-mandato nos contratos bancários em *Miragem* (2008, p. 237-238).

Assim, a legalidade da transação segundo ordenamento jurídico estrangeiro escolhido para reger o contrato é um dado presunto, que escapa à análise do advogado, por falta de habilitação para dar consultoria sobre lei estrangeira (excluída a possibilidade de indicação do ordenamento jurídico aplicável, segundo as normas de direito internacional privado). Em tais casos, convém que sejam contratados advogados do país cuja lei foi eleita para reger o contrato, de modo a atestar a legalidade da transação com o ordenamento jurídico lá vigente.

Neste sentido, deve-se fazer o apontamento dos riscos ínsitos a tais escolhas, pois o gestor contratante deve ponderar inclusive a repercussão financeira de vir a ter de suportar oneroso procedimento de arbitragem ou o custo de contratação de escritório de advocacia especializado, com capacidade processual de atuação no foro estrangeiro eleito, para consultoria e devida representação em juízo, e tentar tanto quanto possível – uma vez que pode acontecer de a contraparte contratante ser pessoa jurídica de direito público (externo ou interno) no país de origem – a negociação dos termos do contrato para melhor atender aos interesses recíprocos.

Alguns dispositivos legais são de particular interesse quanto ao tema, como o artigo 9º da LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 6.657, de 4 de setembro de 1942), que dispõe que “para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”, assim entendido o lugar que constar do contrato e em que se proceder à sua assinatura. Outro é o parágrafo segundo do mesmo artigo, pelo qual “a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente”, aplicável nos casos de contratos celebrados entre ausentes, com assinatura em locais e momentos distintos.

Tais previsões podem servir de base para atração da jurisdição e da lei brasileira, caso o contrato venha a ser assinado no Brasil ou seja a instituição financeira nacional a proponente. Esse fato deve ser sopesado, conforme a intenção seja a aplicação da lei nacional ou, eventualmente, se prefira de fato a submissão à lei estrangeira (neste caso, deve-se pensar na possibilidade de que a assinatura do contrato seja feita no país cuja lei o contrato elege como aplicável e/ou que seja a outra parte contratante a proponente).

Essas questões são importantes na medida em que não existe tratamento jurisprudencial significativo e mesmo consenso doutrinário quanto à cogêncio ou voluntariedade das regras de definição de regência dos contratos. Há entendimentos pela disponibilidade do direito envolvido e preponderância da autonomia da vontade, com possibilidade de renúncia ou derrogação de normas

em tese aplicáveis, assim como, em sentido contrário, a interpretação de que as normas de direito internacional privado podem determinar a aplicação de normas secundárias relativas ao exercício de direitos, afins às normas processuais e por isso pertencentes ao direito público, que não poderiam ser afastadas por acordo das partes (SALOMÃO NETO, 2011, p. 444).

Fato é que a assinatura do contrato em determinado local pode não ser entendida como determinante da competência e condicionante da legislação, sobretudo por tribunais estrangeiros que aceitem a autonomia privada das partes como critério legítimo de definição. Ainda assim, caso seja necessária a homologação da decisão do tribunal estrangeiro para aplicação no Brasil, podem surgir inconvenientes riscos de negativa de homologação, com base no argumento de que a ordem pública e/ou soberania nacional foram violadas, pelo julgamento da causa ter se dado contrariamente ao que determinam as regras brasileiras de Direito Internacional Privado ou mesmo por ausência de algum requisito formal, como os previstos no artigo 15 da LINDB.

Por fim, cumpre lembrar que, para plena produção de efeitos legais no Brasil, em face do disposto no artigo 224 do Código Civil e no artigo 157 do Código de Processo Civil, os documentos transcritos em idiomas estrangeiros devem se fazer acompanhar da respectiva tradução, condicionante legal de validade jurídica, tanto mais quando se trata de contrato, documento capaz de gerar direitos e obrigações entre as partes, ainda que firmado a título não oneroso.

Essa cautela visa privilegiar a análise sob o ponto de vista estreitamente jurídico, sem dar margem a omissão, obscuridade ou contradição decorrentes de termos técnicos ou passíveis de distinta interpretação, evitando que se atraia responsabilidade por ato que não é da estrita competência do órgão consultado e resultado adverso, não previsto e desejado pela parte contratante.

2.10 Legal opinion

Trata-se de um termo técnico-jurídico derivado dos sistemas jurídicos de *common law* que pode ser traduzido simplesmente por “parecer jurídico”. No sistema norte-americano, surge como uma análise escrita de um juiz ou de um grupo de magistrados, explicando e estabelecendo os fundamentos e os princípios legais para uma decisão. Essas manifestações são publicadas em relatórios de jurisprudência pelo tribunal, na medida em que servem de parâmetros de interpretação da lei (normalmente em situações novas ou de relevante interesse público), podendo ser invocadas

como precedentes para eventual modificação de pronunciamentos judiciais sobre determinada matéria (à semelhança dos nossos enunciados, constituem orientações de julgamento, mas em padrão mais detalhado).

Atualmente, é conceituado como um documento escrito em que um advogado privado ou um procurador estatal ou de órgão do governo provê sua compreensão sobre determinada questão de direito. São matérias comuns os temas afetos a propriedade, seguros, operações societárias, transações comerciais.¹²

Essa prática tornou-se muito comum em operações que envolvem financiamentos de projetos, emissões de bônus e empréstimos internacionais, em que o credor requer um parecer atestando a legalidade da transação, o que normalmente é feito pelo escritório de advocacia que assessorou a operação.

A respeito da estrutura desses pareceres, costumam começar com uma breve síntese da demanda, acompanhada de relação de documentos submetidos para análise. Em seguida, fazem-se as ressalvas, tendentes à exclusão de responsabilidade técnica do profissional que assina o parecer, em função de circunstâncias pressupostas, que não são passíveis de conferência, ou de repercussões futuras, que não se podem de antemão prever. São exemplos, além da já citada legalidade da transação consoante a lei estrangeira escolhida para reger o contrato: a veracidade de fatos considerados, a autenticidade de documentos apresentados, a não violação de cláusulas previstas em outros contratos, a inexistência de contencioso judicial ou administrativo que possa repercutir sobre negócio, entre outros.

No mérito, analisam-se as questões de direito propriamente ditas, sempre segundo o ordenamento jurídico pátrio, as quais soem ser:

1. Capacidade de quem se obriga para tanto (notadamente os casos que envolvem representação de pessoa jurídica);
2. Inexistência de restrição (legal, contratual ou estatutária) para que o interessado contrate a operação;
3. Dimensionamento de riscos não impeditivos eventualmente existentes (restrições cadastrais, apontamento de títulos, demandas judiciais relevantes, possível caracterização de fraude a credores ou à execução);
4. Cumprimento de exigências decorrentes de normas de caráter administrativo, regulatório, registral que importem em autorização ou sejam condição para a realização da operação;

¹² Tradução livre do verbete “legal opinion” constante da sétima edição do Black’s Law Dictionary, p. 1120.

5. Validade e eficácia da documentação apresentada para produção dos efeitos jurídicos pretendidos com a operação;

6. Questões relativas à prestação de garantias (capacidade de quem presta, inexistência de restrições ao oferecimento do bem, tais como evidências que o qualifiquem como bem de família, que imponham benefício legal de impenhorabilidade ou qualquer outra circunstância que represente risco à sua exequibilidade);

7. Verificação da aplicabilidade do regime fiscal pretendido;

8. Validade das cláusulas previstas no instrumento contratual;

9. Eventuais especificidades do caso concreto, em virtude de características próprias da operação;

10. Recomendações quanto a outras providências legais necessárias (como a necessidade de assinatura do contrato no lugar cuja lei deseja-se que seja aplicável para validade nos tribunais brasileiros);

11. Consideração de outras possibilidades eventualmente vislumbradas (via de regra, fatos ou circunstâncias que possam: a) ocorrer posteriormente à emissão do parecer; b) interferir na operação; e c) resultar em apontamentos convenientes em virtude de um dever de cautela jurídica).

Não devem constar do parecer questões que não estejam sob a responsabilidade direta e sejam concernentes à aptidão técnica do advogado, como cumprimento de condicionantes negociais, verificação de exigências burocráticas de cunho meramente administrativo, declarações afirmativas sobre fatos em geral, entre outras.

Nesse contexto, percebe-se que o dever técnico-profissional de consideração de todas as variáveis jurídicas envolvidas, com dimensionamento adequado de riscos e apontamento de fragilidades da operação, nem sempre é compreendido pelo destinatário da manifestação, que confunde um parecer sem qualquer observação com uma operação confortável e segura. Pelo contrário, o risco envolvido em uma transação será tanto menor quanto melhor pontuados os aspectos técnicos, não cabendo ao advogado que atua preventivamente uma defesa incondicionada da pretensa legalidade da operação, uma vez que pode ser civil e administrativamente responsabilizado em caso de danos decorrentes de falhas em sua atuação consultiva (artigos 147, 186 e 927 do Código Civil).

Alguns inconvenientes dizem com a elevação do custo e do tempo necessário para conclusão da transação, visto que a elaboração da “legal opinion” adiciona-se como uma fase prévia ao procedimento de contratação, com linguagem que – não raro – precisa ser objeto de sucessivos ajustes e envolve labor de advogados remunerados por tempo de trabalho. Entende-se o uso recorrente

do mecanismo no sistema jurídico norte-americano, por questões culturais e sociológicas, dado o alto grau de litigiosidade verificado naquela sociedade, em que o recurso à consulta de advogados é medida largamente utilizada, para os mais diversos atos.

2.11 *Covenants* e estipulações especiais

As *covenants* são institutos jurídicos oriundos do sistema anglo-saxão e constituem-se em compromissos (de conduta futura) ou promessas (de fato) em quaisquer contratos formais de dívida, reconhecidos em lei, protegendo os interesses do credor e estabelecendo que determinados atos ou abstenções devem ser respeitados.

Portanto, podem assumir a forma de compromissos restritivos (*restrictive covenants*) e obrigações de proteção (*protective covenants*), ou ainda de obrigações positivas (*positive covenants*), exigências relativas à observância de certas práticas de gestão, consideradas indispensáveis à eficiente administração do tomador, e obrigações negativas (*negative covenants*), limitações à liberdade de gestão dos administradores de devedora, obrigando-os a não praticarem certos atos.

Trata-se, assim, de um sistema de garantia indireta e adicional, na medida em que são compatíveis e acumuláveis com as garantias tradicionalmente previstas no nosso ordenamento jurídico. Representam um conjunto de obrigações contratuais acessórias, positivas ou negativas.

A diferença fundamental está na atenção que se dá à boa administração do negócio e à integridade do patrimônio do devedor, mais além do que o conforto trazido por uma garantia específica, real ou pessoal.

As *covenants* podem ser ajustadas igualmente em relação a quaisquer intervenientes no contrato, de forma a propiciar maior segurança à operação.

Em alguns casos, as *covenants* visam à proteção de bens jurídicos secundários em relação ao negócio jurídico havido entre as partes, como compromissos formais de não violação a normas consumeristas e ambientais, de modo a evitar a constituição de passivos futuros, gerando efeitos positivos (e nem sempre mensurados) no mercado, coletivamente considerado.

No ordenamento jurídico pátrio, consistem em obrigações acessórias, de natureza civil ou comercial, tendo por objeto um fazer ou não fazer, e estão disciplinadas no Código Civil, mais especificamente em seus artigos 247 a 251.

Um aspecto delicado das *covenants* diz respeito à sua efetividade e coercitividade. Em muitos casos, a execução específ-

ca da obrigação, com arrimo nos artigos 632 e 645 do Código de Processo Civil, será custosa e demorada (podendo implicar o sacrifício do projeto financiado), ou insatisfatória em relação ao fim pretendido (casos excepcionais de obrigação fungível, quando determinada a execução por terceiro, ou de conversão em perdas e danos. Ocorre que a maioria das obrigações pactuadas são infungíveis e não interessa ao credor qualquer compensação financeira, mas o cumprimento próprio da obrigação).

A forma de evitar a ineficácia da estipulação contratual é prever expressamente a inobservância da *covenant* como causa de vencimento antecipado do contrato, transformando-a em condição resolutiva. Essa medida é um tanto drástica, pois em alguns casos não será vantajosa e de interesse do credor. Via de regra, o que se faz nesses casos é a previsão de prazos de cura para cumprimento de obrigação, imposição de penalidades mais leves ou aceite de pedidos de excepcionação ao credor que, sem novar a obrigação, faculta ao devedor a adequação às condições contratadas, visando ao implemento do objeto contratual, que é o objetivo maior das partes envolvidas (notadamente em caso de financiamento de projetos).

Em caso de inadimplemento de *covenant*, é comum a estipulação de vencimento antecipado “cruzado” de todos os contratos do devedor (o inadimplemento de um acarreta contratualmente o vencimento dos demais) ou por violação de obrigação por ele devida a outros financiadores (cláusulas chamadas de *cross default*).

Essa característica é fundamental porque, em termos práticos, os efeitos da quebra de contrato normalmente se limitam à obrigação de pagar o empréstimo e seus encargos (excepcionalmente se indenizarão danos emergentes e lucros cessantes). Entretanto, é de referir-se que, em alguns casos, pode haver benefício adicional ao credor em caso de perdas e danos, como quando parcela do fluxo de caixa seja garantida ou *covenants* sejam compromissadas com interveniente que não seja o devedor principal, como um acionista controlador do devedor. Em casos tais, a quebra contratual liberará o credor de restrição ao fluxo de caixa e poderá tornar o terceiro que se obriga por *covenant* responsável pelas perdas e danos.

Ao lado das *covenants*, costumam-se estipular declarações ou afirmações de fatos preexistentes (normalmente registrados em “considerandos”, “condições precedentes”, “declarações solenes”) que influíram na decisão de efetuar o empréstimo e são definidos como norteadores do escopo contratual e do objetivo visado pelas partes, capazes de serem invocados como elementos informativos

de uma cláusula cuja validade venha a ser questionada e que tenha de ser substituída posteriormente, em termos que resguardem a intenção nela consubstanciada.

Essas afirmações são chamadas de *representations and warranties* e são feitas pelo tomador, podendo-se citar como exemplos constituição societária regular, validade e exequibilidade das obrigações decorrentes do empréstimo, inexistência de fatos não conhecidos (como ações judiciais que possam prejudicar o estado de solvência do mutuário), entre outros.

Algumas das hipóteses típicas de *covenants* são a violação de deveres contratuais (“não cumprimento de uma ou mais cláusulas deste contrato”, podendo se referir à inobservância de uma obrigação articulada sob a forma de *covenant*), circunstâncias vinculadas à comprovação da deterioração da situação creditícia do tomador (“falta de capacidade econômica, estado de insolvência, protesto de títulos, restrição cadastral, possuir operação em situação irregular”), ou mesmo situações que objetivamente demonstram o desinteresse na manutenção da avença (“quando deixar de fazer movimentação financeira espontânea por mais de XX dias consecutivos”), entre outras.

Podemos dividir as *covenants* em cinco grandes grupos: as de conteúdo econômico-financeiro, as de restrição ou limitação de direitos disponíveis ligados a obrigações e garantias, as relativas ao financiamento do projeto, as que dizem com a manutenção da estrutura societária do tomador e, por fim, as que determinam o cumprimento de deveres adicionais.

O exemplo clássico de *covenants* são as chamadas *covenants* financeiras (*financial covenants*), pelas quais o tomador obriga-se a manter determinados índices de desempenho financeiro, relativos ao grau de endividamento da empresa, relação entre ativo e passivo, relação entre passivo e patrimônio líquido, manutenção de capital de giro mínimo (quando acompanhada de um índice de liquidez corrente, protege o credor contra significativa expansão de responsabilidades a curto prazo ou contra possível diminuição do nível de atividade negocial da empresa), tudo dentro de determinados padrões específicos.

É absolutamente recomendável que exista absoluta clareza e referências internas no próprio instrumento contratual ao que se entende por endividamento (em que graus aceita-se ou não), definição dos índices pactuados (não bastando genérica referência a conceitos contábeis ou a menção a expressões tidas por comuns no meio financeiro) e outras peculiaridades, de modo a não prejudicar nem a atividade regular da empresa, nem a compreensão dos termos da avença ante a eventual necessidade de discussão do con-

trato em juízo (já que essas cláusulas costumam ser as mais desculpidas por devedores em dificuldades).

Outra categoria de *covenants* são as que implicam impedimento à contração de novas obrigações (normalmente quando implicam pagamento igual ou superior ao devido ao credor) ou sua limitação (como quando são facultadas mediante a obtenção de prévia e expressa autorização do credor). Outro tipo congênere de *covenants* são as cláusulas chamadas de *negative pledge*, em que se proíbe a constituição de garantias (geralmente reais) pelo tomador em função de outras dívidas (anteriores ou futuras) junto a outros credores (de qualquer natureza). Temos ainda as *covenants "pari passu"*, segundo as quais o empréstimo não se subordina a outras dívidas preferenciais do mutuário.

A finalidade dessas *covenants* é assegurar o grau de risco que o credor aceitou correr quando da aprovação do financiamento e que poderia ser majorado caso o devedor contraísse novas dívidas, oferecesse a outrem ou novamente as mesmas garantias vinculadas à operação ou ainda, por qualquer outro modo, pretendesse subordinar o direito de crédito ou prejudicasse sua exequibilidade.

Há ainda *covenants* específicas ligadas ao projeto, de modo a permitir aos financiadores um grande grau de controle sobre ele, sem mudança sensível dos fluxos financeiros, a menos que haja autorização expressa nesse sentido. São exemplos: a proibição de mudança nos planos físicos do projeto, nos contratos para construção e administração, nos contratos voltados à venda da produção, no cronograma de despesas de capital. Nesse grupo, há ainda as *covenants* pelas quais o financiado obriga-se a manter em bom estado as instalações e os equipamentos necessários para o projeto, bem como a concessão ou outro ato administrativo necessário para a atividade. De igual modo, pode ser citada a *covenant* que obriga à manutenção de seguro sobre os ativos do projeto.

Ainda, há as *covenants* societárias, aquelas que implicam manutenção da estrutura do tomador, tais como não mudar a natureza de seu negócio ou objeto social, não efetuar qualquer forma de alteração societária (incorporação, fusão, cisão), não permitir a alienação direta ou indireta do controle acionário, ou facultar tais hipóteses condicionando-as à prévia e expressa autorização do credor.

Por fim, existem ainda as *covenants* que estabelecem obrigações adicionais, positivas (manter escrituração adequada; ceder cópias das demonstrações financeiras auditadas; informar fatos relevantes e suas prevenções; dar livre acesso à empresa; efetuar pagamento tempestivo geral; manter seguros adequados; respeitar a legislação pertinente) e restritivas ou negativas (não assumir ou

garantir obrigações de terceiros; não permitir privilégios, prioridades, bem como garantias reais ou pessoais que onerem seu ativo; não vender, descontar ou dispor de títulos de crédito; não antecipar pagamentos; limitar empréstimos, investimentos, dividendos, resgate, remuneração de sócios e administradores).

Em caso de consórcio de credores, é comum a eleição de um líder que encabece a operação, fazendo as vezes de agente fiduciário. É comum a estipulação de trava de domicílio bancário de uma conta garantida (*escrow account*) em que se faça a gestão dos recursos captados para liberação em partes à medida do cumprimento das condicionantes contratadas, em que se receba o fluxo de caixa gerado pelo empreendimento e se o destine para pagamento da operação contratada e em que se centralizem e se vinculem quaisquer créditos ou recebíveis que sejam dados em garantia da operação.

2.12 Prazo

2.12.1 Contrato antedatado

Não se considera o antedatamento de documentos como recurso juridicamente válido e tecnicamente recomendado, em vista dos inúmeros riscos envolvidos, da possibilidade de questionamento ulterior e da dificuldade de delimitação das possíveis implicações legais, que citamos exemplificativamente:

- cíveis: alegação de simulação (artigo 167 do Código Civil), com possibilidade de reconhecimento da invalidade do negócio jurídico;
- processuais cíveis: arguição de falsidade (artigos 370 e 390 a 395 do Código de Processo Civil);
- penais: estelionato, falsificação de papéis ou documentos públicos ou particulares, falsidade ideológica, uso de documento falso (artigos 171, 293, 297 a 299 e 304 do Código Penal e Súmula 17 do STJ), crimes contra o sistema financeiro (artigos 4º, 6º e 9º da Lei nº 7.492/86), crimes contra a economia popular (artigo 3º, inciso IX da Lei nº 1.521/51) e condescendência criminosa (ou omissão – no dever – de comunicação de crime, prevista no artigo 66 do Decreto-Lei nº 3.688/41 – Lei de Contravenções Penais);
- processuais penais: incidente de falsidade (artigos 40, 145 a 148, 581, XVIII do Código de Processo Penal);
- administrativas: improbidade (artigo 10, incisos VI, X, XI, artigo 11, inciso I e artigo 12, incisos II e III da Lei nº 8.429/92), possibilidade de incidir em acobertamento de responsabilidade de terceiros (gestores públicos) e facilitar o uso indevido de verbas públicas;

- trabalhistas: justa causa (artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho).

Por outro lado, nos contratos bancários comerciais regulados pelo direito privado, haveria de considerar-se a possibilidade de efetuar a contratação com eficácia retroativa, referindo expressamente a data a partir da qual se consideram os atos regulados pelo instrumento posteriormente assinado.

2.12.2 Prorrogação de contrato vencido

Da mesma forma, é impossível a pretensão de prorrogar contrato que chegou a seu termo, sendo o caso de proceder a nova contratação.

2.12.3 Contrato sem prazo determinado

Outra cautela que se impõe é observar a conveniência ou não na fixação de prazo, uma vez que falta de estipulação específica fará com que o instrumento vigore por tempo indeterminado.

2.12.4 Vencimento antecipado

Afora expressa estipulação de imediata exigibilidade da dívida e vencimento antecipado, o descumprimento de qualquer obrigação não teria o mais das vezes qualquer sanção contratual. É de verificar-se que, em contratos com estrutura complexa, a cláusula de vencimento antecipado acaba revelando-se fundamental e tendo de replicar aquela engenhosidade inerente ao restante instrumento. Daí a importância de prever determinadas situações recorrentes ou que em tese podem mais prejudicar o cumprimento das obrigações, como causa de vencimento antecipado da dívida, tornado-a imediatamente exigível e impondo, tanto quanto possível, a excussão das garantias.

De igual sorte, o vencimento antecipado do contrato com base no descumprimento de obrigação pode revelar-se medida demasiadamente drástica, notadamente nos casos de contratos cujos pagamentos estejam sendo feitos regularmente. Nesses casos, é comum a inclusão, em benefício do credor, de uma autorização unilateral para não exercício temporário da prerrogativa, em caráter absolutamente precário, sem implicar renúncia da faculdade.

2.13 Sigilo bancário

Questão de certo modo recorrente em matéria consultiva diz respeito ao fornecimento de dados em tese protegidos pela garan-

tia do sigilo bancário quando solicitados por entidades com competência de fiscalização e/ou de investigação. O tema é dado à discussão, considerando a existência de poderes requisitórios por parte de alguns órgãos, a exigência de ordem judicial e a necessidade de harmonizar os relevantes interesses tutelados e subjacentes a tais consultas.

A fim de tornar o processo mais eficiente, menos suscetível de questionamento, por imperativo de ordem prática e considerando ainda a natureza disponível do direito em questão, sugere-se que os contratos passem a conter uma cláusula em que o cliente autoriza, de antemão, o fornecimento de dados em tese protegidos pelo dever de sigilo a determinadas entidades de controle. Tais entidades são a Polícia Civil, Polícia Federal, Ministério Público Estadual, Ministério Público Federal, Controladoria-Geral da União e Tribunal de Contas da União, a quem se transfere o dever de sigilo e a responsabilidade pelo manejo adequado da informação em cada caso.

Conclusão

Iniciamos este estudo com uma caricatura do que seria, grosso modo, o conflito que envolve o crédito bancário e como ele é resolvido na prática. Por certo que o apelo figurativo encerra algumas intuições que se podem legitimamente invocar.

Há algumas tentativas de categorização das causas pelas quais os tribunais decidem de determinada maneira e não de outra. Podemos citar, exemplificativamente, um artigo doutrinário da lavra de Salama (2012), que aponta, em rápida síntese: a) organização política trazida pelo Estado democrático (em que o Poder Judiciário assume relevante e decisivo papel na definição de rumos em questões de interesse da sociedade); b) fatos econômicos, notadamente a variabilidade dos ambientes macroeconômicos e a invariabilidade das altas taxas de juros (vetores de interpretação que interferem na convicção pessoal do julgador; dinamicidade da relação credor – devedor – Judiciário, no sentido de que uma decisão não apenas regula uma relação em concreto como também afeta em abstrato as políticas de concessão de crédito; aumento da litigiosidade sobre o crédito bancário, em função de características de acesso e concessão); e c) renovação da cultura jurídica, consubstanciada em: c.1) relativização das formas jurídicas (assim entendida como a saída de uma forma de raciocínio exclusivamente silogístico e subsuntivo para outra mais substancial e realista, que atenda a circunstâncias fáticas, finalidades e funções do direito); c.2) neoconstitucionalismo (importância da consideração de prin-

cípios no julgamento de casos concretos); c.3) renovação do direito civil (a em que se reconhece certa função regulatória, com a interpenetração de questões de direito público e de direito privado); e c.4) funcionalização (necessidade de atingir-se fins coletivos específicos, em face do que existe maior abertura à consideração de opções com carga valorativa).

As indagações são interessantes, mas cederam passo, no presente estudo, a aspectos de ordem mais pragmática de conformação. No entanto, não podemos desconhecer que certas peculiaridades determinam maior intervenção judicial e que ela pode e deve ser, tanto quanto possível, evitada.

Assim, deve-se evitar a estratégia de redação contratual maximalista, que tende à proteção pela inclusão de cláusulas em quantidade e teor de duvidosa legalidade (no sentido de que, em caso de parcial afastamento ou redução, sobrará algo a amparar minimamente o credor). Pelo contrário, quanto mais se dispuiser e de forma indevida, maior será a chance de que haja insurgência pelo cliente e provimento pelo julgador, até mesmo em aspectos que normalmente não seriam objeto de qualquer discussão.

A despeito de a revisão judicial ser sempre uma possibilidade, ela será tanto menos frequente quanto maior for a conformação técnico-jurídica, de modo que o julgador não disponha de condições para impor uma interpretação prejudicial.

Deste modo, encerramos o presente estudo com a enunciação de algumas premissas para a elaboração de contratos, de modo a evitar riscos desnecessários ou compatibilizar os instrumentos contratuais em questões em que a jurisprudência já está suficientemente sedimentada e, em ponderação de cenário, não se afigura razoável acreditar em significativa mudança de entendimento:

- absoluta clareza e adequação das informações e disposições contratuais;
- limitação dos juros compensatórios aos níveis previstos para os juros remuneratórios (percentuais praticados para o período de inadimplência ficam limitados aos previstos contratualmente para o período de adimplência);
- exclusão da referência aos percentuais indefinidos devidos a título de taxa de rentabilidade;
- expressa referência contratual no sentido da incidência de juros de forma capitalizada e em que periodicidade;
- impossibilidade de utilização da CDI como critério de atualização monetária;
- impossibilidade de cumulação da CDI com a taxa de rentabilidade;

- impossibilidade de cumulação de comissão de permanência com atualização monetária, juros (remuneratórios, compensatórios e moratórios) e/ou multa;
- fixação de honorários advocatícios extrajudiciais nas CCB em 10% (dez por cento) sobre o valor total devido;
- impossibilidade de incidência de honorários em percentual aberto, ainda que fixados um piso mínimo e um teto máximo;
- prefixação do limite padronizado de 2% a título de multa moratória;
- exclusão das cláusulas que imponham dever de notificação da inadimplência.

A adoção dessas cautelas impacta positivamente e em nível de difícil mensuração em rotinas operacionais de diferentes áreas, com sensível redução de riscos de ordem jurídica, que envolvem necessidade de contingenciamento, provisionamento, passivo judicial, entre outros, assim como importa significativa redução de custos e maior eficiência na execução de atividades, com possível equacionamento de demandas existentes e alocação de profissionais em outras áreas de atuação. Fica o desafio. Coragem!

Referências

- BANCO CENTRAL DO BRASIL. Juros e Spread Bancário.** 2013. Série Perguntas mais Frequentes. Disponível em: <<http://www4.bcb.gov.br/pec/gci/port/focus/FAQ%201-Juros%20e%20Spread%20Banc%C3%A1rio.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2013.
- _____ . Relatório de Economia Bancária e Crédito.** 2011. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pec/depep/spread/REBC_2011.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2013.
- Black's Law Dictionary.** West Group: St. Paul, Minn., 1999.
- CALDAS, Pedro Frederico.** As instituições financeiras e a taxa de juros. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, n. 101, p. 76-96, jan.-mar. 1996.
- CORDEIRO, Antonio Menezes.** **Manual de Direito Bancário**. Coimbra: Almedina, 2012.
- FERREIRA, José Coelho; BABILONIA, Paulo Álvares; BARBOSA, Theresia Karina de F. G.** A capitalização de juros no nosso sistema jurídico. **Revista Jurídica Virtual**. Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, Brasília, vol. 2, n. 12, maio de 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_12/capit-juros.htm>. Acesso em: 11 jul. 2013.
- FERREIRA, Marcus Vinicius Vita.** Da natureza jurídica da comissão de permanência em contratos bancários: legalidade da cobrança à luz da boa-fé objetiva e os limites estabelecidos pela jurisprudência do STJ. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, São Paulo, ano 14, n. 51, p. 157-164, jan.-mar. 2011.
- MIRAGEM, Bruno.** **Direito do Consumidor: fundamentos do direito do**

consumidor; direito material e processual do consumidor; proteção administrativa do consumidor; direito penal do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SALAMA, Bruno Meyerhof. Vetores da Jurisprudência na Interpretação dos Contratos Bancários no Brasil. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, São Paulo, ano 15, n. 57, p. 157-170, jul.-set. 2012.

SALOMÃO NETO, Eduardo. Direito Bancário. São Paulo: Atlas, 2011.

SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. Os juros compensatórios no mútuo bancário. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, ano 1, n. 2, p. 63-71, maio-ago. 1998.

SCAVONE JUNIOR, Luis Antonio. Juros no Direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

O empresário individual e a EIRELI – Controvérsias e peculiaridades

Leonardo da Silva Greff

Advogado da CAIXA no Rio Grande do Sul
Pós-graduado em Direito Imobiliário e Registral – UCS/RS

RESUMO

A empresa individual de responsabilidade limitada, a EIRELI, foi introduzida no nosso ordenamento jurídico através da Lei nº 12.441/11, publicada em julho de 2011, com entrada em vigor em janeiro de 2012. Antes da publicação da referida norma, a nova figura jurídica já causava grandes controvérsias entre os estudiosos, especialmente quanto ao enquadramento/natureza jurídica do instituto e seus efeitos práticos nas futuras relações negociais. Trata-se de tema com repercussão não só no âmbito do Direito Empresarial, mas também nos Direitos Civil e Bancário, além do Tributário. Este trabalho busca apresentar de forma resumida alguns aspectos controversos da EIRELI e suas peculiaridades frente ao empresário individual e sociedade limitada, especialmente quanto à distinção entre o patrimônio do empresário e o capital da empresa. O forte crescimento no registro de novas empresas individuais de responsabilidade limitada constatado em 2013, com 2.257 registros na JUCERGS¹, contra 1.605 de 2012, demonstra a atualidade da questão apresentada e a necessidade de estudos aprofundados sobre a matéria.

Palavras-chave: EIRELI. Personalidade jurídica. Empresário individual. Afetação patrimonial.

ABSTRACT

The individual limited liability company, the EIRELI, was introduced into our law by the Law nº 12.441/11, published in July 2011, entered into force in January 2012. Before the publication of this standard the new legal figure has caused great controversy among scholars, especially regarding the classification/legal nature of the institute and its practical effects on future business relationships. This is issue with repercussions not only in the context of Business Law, but also in Civil Law and Banking, besides the Tax Law. This study aims to present briefly some controversial aspects of EIRELI and its peculiarities across the individual businessman and company limited, especially as the distinction between the

¹ Disponível em: <http://www.jucergs.rs.gov.br/p_estatisticas.asp>. Acesso em: 21 jan. 2014.

equity of the entrepreneur and the capital of the company. The strong growth in the registration of new individual limited liability companies found in 2013, with 2,257 records in JUCERGS, against 1,605 in 2012 demonstrates the relevance of the issue presented and the need for in-depth studies on the subject.

Keywords: EIRELI. Legal personality. Individual entrepreneur. Allocation of equity.

Introdução

A Lei instituidora da EIRELI tem o seu nascitudo no Projeto de Lei nº 4.605 de 2009, apresentado pelo deputado Marcos Montes (DEM-MG).²

O projeto pretendia a inserção da nova figura jurídica no Título II do Código Civil com a introdução do artigo 985-A, o que foi acatado pela Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio da Câmara.

Porém, durante a tramitação na Comissão de Constituição e Justiça, a matéria foi realocada através da aprovação de substitutivo de lavra do deputado Marcelo Itagiba (PSDB-RJ)³, conferindo nova redação ao artigo 44 do diploma civilista e substituindo o artigo 985-A pelo 980-A.

Apesar de o instituto da empresa individual de responsabilidade limitada representar inovação legislativa no âmbito do direito pátrio, o tema não é inédito no mundo jurídico, visto que a empresa ou empresário de responsabilidade limitada é figura conhecida há tempos na França, Espanha, Portugal, Itália, Alemanha, Reino Unido, entre outros, além do Chile no âmbito da América do Sul.

Embora a figura da EIRELI seja nova no nosso ordenamento jurídico, os debates sobre a conveniência da sua instituição remontam aos anos 80, dentro do Programa Nacional de Desburocratização comandado pelo então ministro Hélio Beltrão. O objetivo era aplicar o instituto no âmbito das microempresas. Por questões relacionadas à agenda política do período, a empresa individual de responsabilidade limitada não ficou entre as prioridades.

A temática da empresa individual de responsabilidade limitada voltou à tona nos anos 90 no âmbito do Programa Federal de Desregulamentação. Uma das correntes participantes dos estudos

² <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=422915>>.

³ <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=484594>>.

defendia com propriedade que entre as vantagens/objetivos do regramento estava a possibilidade de o empresário, individualmente, explorar atividade econômica sem colocar em risco seus bens particulares, especialmente aqueles essenciais à manutenção da entidade familiar. Novamente o assunto foi deixado de lado para atendimento da agenda política, uma vez que a prioridade naquele momento era o Novo Código Civil (NCC).

Cumpre ressaltar que a urgência na tramitação do Projeto do NCC, que há anos se arrastava no Congresso, não conferiu espaço para debates sobre a EIRELI naquela oportunidade.

Porém, o tempo decorrido entre a entrada em vigor do NCC e a apresentação de proposta para criação da EIRELI, período que, em tese, seria suficiente para amadurecer o debate e corrigir eventuais impropriedades do projeto, não foi adequadamente aproveitado.

Com efeito, observa-se que um dos maiores debates sobre o tema reside na natureza da nova figura empresarial.

Da forma como publicada, a Lei nº 12.441/2011 não permite afirmar sem contestação que pretendia instituir o empresário individual com responsabilidade limitada, já que resultou na alteração do artigo 44 do diploma civilista. Por outro lado, também não se pode atestar que esperava simplesmente a instituição de uma nova entidade empresarial, já que colocou a EIRELI no capítulo que trata do empresário, logo abaixo do Título I, referente ao empresário individual.

Não bastasse a impropriedade técnica acima referida, a redação emprestada ao dispositivo 980-A ainda suscita dúvida sobre a possibilidade de formação da EIRELI por pessoa jurídica, questão que merece abordagem própria.

Sabe-se que a concepção legislativa da EIRELI estava voltada para a defesa do patrimônio do empresário individual. Isso porque a sistemática adotada pelo Código Civil para o empresário individual não lhe possibilita limitar sua responsabilidade patrimonial em virtude das obrigações assumidas pela atividade empresária. É a própria pessoa física que será a titular da atividade. Ainda que seja atribuído um CNPJ próprio, distinto do seu CPF, não há distinção entre a pessoa física em si e o empresário individual, conforme será abordado.

Atualmente tramita no Congresso o Projeto de Lei do Senado nº 96/2012, de autoria do senador Paulo Bauer (PSDB/SC)⁴, que procura aperfeiçoar a disciplina da empresa individual de respon-

⁴ <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=104984>.

sabilidade limitada conforme justificativa de encaminhamento apresentada.

Da leitura do projeto de lei mencionado é possível perceber que a proposta realmente ataca algumas das imperfeições da norma instituidora da EIRELI. Resta saber se a proposta chegará inalterada até a efetiva publicação, caso aprovada em todas as instâncias do Congresso, e se a criação da Sociedade Limitada Unipessoal, um dos objetivos do projeto, não aumentará ainda mais a celeuma já instaurada.

De qualquer forma, a Lei da EIRELI está em vigor e representa importante inovação legislativa com grandes repercussões em diversos ramos do Direito.

Apesar das críticas e impropriedades técnicas, a Lei deve ser cumprida, cabendo aos intérpretes a defesa de seus pontos de vista e a busca da pacificação da temática pela doutrina e pelos Tribunais.

1 Do empresário individual

O ordenamento pátrio preconiza que pessoa é o ente ou figura jurídica detentora de direitos e obrigações. O Código Civil, em seu Livro I, divide as pessoas, sujeitos de direitos e obrigações, em dois grupos, o das pessoas naturais, tratadas no Título I, e o das pessoas jurídicas, referidas no Título II.

Ao trabalhar a figura da pessoa natural, o Código Civil deixa claro que o indivíduo humano adquire personalidade com o nascimento, conforme redação emprestada ao artigo 2º, assim redigido: “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Sobre o conceito de pessoa natural, convém destacar o magistério de Amaral (2003, p. 140), conforme segue:

Pessoa natural ou física é o ser humano como sujeito de direitos e deveres. Sua teoria obedece a três princípios fundamentais: a) todo ser humano é pessoa, pelo simples fato de existir; b) todos têm a mesma personalidade porque todos têm a mesma aptidão para a titularidade de relações jurídicas (CF, art. 5º); e c) ela é irrenunciável.

Já a pessoa jurídica poderia ser conceituada antigamente como o conjunto de pessoas e bens que, por força da legislação, e caso atendidos determinados requisitos, como o registro junto aos órgãos competentes, por exemplo, adquirem personalidade tornando-se sujeitos de direitos e obrigações.

Ao buscar o conceito dessa figura, a doutrinadora Diniz (2007, p. 229) afirmava que “pessoa jurídica é a unidade de pessoas naturais ou de patrimônios, que visa à consecução de certos fins, reconhecida pela ordem jurídica como sujeito de direitos e obrigações”.

Sabe-se de antemão que o advento da EIRELI tornou inapropriada a utilização das expressões “conjunto de pessoas” ou “pessoais naturais” para a correta conceituação da figura da pessoa jurídica. Aliás, o Projeto de Lei nº 96/2012 propõe a alteração da redação do artigo 980-A para fazer constar que a EIRELI somente poderá ser constituída por pessoa natural, a exemplo do que foi inicialmente proposto.

De qualquer forma, o que se pretende demonstrar é que a figura da pessoa jurídica não é representada por um ser físico, corpóreo, embora rotineiramente se confunda o patrimônio, como o edifício sede, por exemplo, com a própria empresa. Trata-se, em verdade, de um ente jurídico, uma ficção, para a qual optou o legislador por atribuir personalidade.

Mesmo na constituição da EIRELI haverá um descolamento, uma separação, da personalidade do instituidor e da empresa, o que não acontece na figura do empresário individual.

O artigo 966 do Código Civil preconiza que é empresário “aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”.

A pessoa natural que exerce atividade econômica organizada e de forma profissional é comumente denominada empresário individual ou firma individual, esta última de forma mais popular.

Diferente do que ocorre na pessoa jurídica, na qual há clara separação entre os bens do sócio e da empresa, no caso das sociedades, por exemplo, na empresa individual não há separação patrimonial. Na firma individual não há distinção entre os bens do empresário e da empresa, de modo que o empreendedor responde com o seu patrimônio de forma ilimitada.

Cumpre referir que não se está a afirmar que o empresário individual não possui personalidade jurídica. O empresário individual possui personalidade jurídica não por exercer a atividade empresarial, mas em razão de ser pessoa natural.

Ensina Gusmão (2007, p. 13) que o art. 967 do Código Civil exige a inscrição da firma individual no Registro Público de Empresas Mercantis. Porém o atendimento da exigência legal não confere à empresa personalidade própria, pois, no caso da empresa individual, esta se adquire com o nascimento com vida da pessoa natural, conforme o disposto no art. 2º do Código Civil.

Nesse sentido, o exercício da atividade de empresário pela pessoa natural não cria uma nova personalidade jurídica, conforme já referido. Não haverá um desdobramento de personalidade, nem surgirá uma pessoa nova por conta disso.

Eis o posicionamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESÁRIO INDIVIDUAL. RESPONSABILIDADE ILIMITADA. VEÍCULO. PENHORA. RESTRIÇÃO. I. Tratando-se de empresário individual há identificação entre empresa e pessoa física, posto não constituir pessoa jurídica, não existindo distinção para efeito de responsabilidade. O empresário individual responde ilimitadamente pelas dívidas que contraiu. Inaplicabilidade do art. 135 do CTN. II. Ausente comprovação da existência de restrição referente ao licenciamento do veículo. Apelo desprovido. (Apelação Cível N° 70057094864, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, relator: Marco Aurélio Heinz, julgado em 18/12/2013).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EMPRESÁRIO INDIVIDUAL. PENHORA DOS BENS DA PESSOA FÍSICA. POSSIBILIDADE. A empresa individual não tem personalidade jurídica própria, confundindo-se imediatamente com o empresário individual. O patrimônio da pessoa natural é o mesmo do empresário individual (antiga firma individual), que responde de forma ilimitada pelas dívidas. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO, DE PLANO. (Agravo de Instrumento N° 70057673386, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, relator: Marilene Bonzanini Bernardi, julgado em 02/12/2013).

Dos acórdãos acima transcritos, conclui-se que a empresa individual nada mais é do que a pessoa natural que exerce a atividade empresarial e, por essa razão, não possui personalidade jurídica distinta do instituidor, mesmo diante da necessidade de inscrição no CNPJ, que se dá por razões fiscais.

Na mesma linha é o posicionamento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO POR TRIBUTOS A CARGO DA PESSOA JURÍDICA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

1. É da essência do processo de execução a busca da satisfação rápida e eficaz do credor. Por esse motivo, o nosso sistema processual estabeleceu como condição específica dos embargos do devedor a segurança do

juízo, capaz de tornar útil o processo após a rejeição dos embargos.

2. Todavia, a doutrina e a jurisprudência, diante da existência de vícios no título executivo que possam ser declarados de ofício, vêm admitindo a utilização da exceção de pré-executividade, cuja principal função é a de desonerar o executado de proceder à segurança do juízo para discutir a inexequibilidade de título ou a iliquidide do crédito exequendo.

3. Versando a controvérsia responsabilidade de sócio por tributos devidos pela pessoa jurídica, a solução repousa no exame de provas.

4. Tratando-se de Firma Individual, a responsabilidade do sócio é ilimitada, o que, a fortiori, obsta a arguição de ilegitimidade passiva, mormente em se tratando de exceção de pré-executividade, onde não se admite dilação probatória.

5. Recurso Especial provido. (REsp 507.317/PR, rel. ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 12/08/2003, DJ 08/09/2003, p. 241).

Já o artigo 985 determina que a “sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos”.

Observa-se que o artigo 985 do Código Civil é claro ao prever a aquisição da personalidade jurídica pela “sociedade” quando do registro dos atos constitutivos, o que afasta definitivamente a aplicação desse dispositivo junto à figura do empresário individual.

Oportuno citar a lição do professor Coelho (2003, p. 19-20) sobre o tema:

O empresário pode ser pessoa física ou jurídica. No primeiro caso, denomina-se empresário individual; no segundo, sociedade empresária.

Deve-se desde logo acentuar que os sócios da sociedade empresária não são empresários. Quando pessoas (naturais) unem esforços para, em sociedade, ganhar dinheiro com a exploração de uma atividade econômica, elas não se tornam empresárias. A sociedade por elas constituída, uma pessoa jurídica com personalidade autônoma, sujeito de direito independente, é que será empresária, para todos os efeitos legais. Os sócios da sociedade empresária são empreendedores ou investidores, de acordo com a colaboração dada à sociedade (os empreendedores, além do capital, costumam devotar também trabalho à pessoa jurídica, na condição de seus administradores, ou as controlam; os investidores limitam-se a aportar capital). As regras que são aplicáveis ao empresário individual não se aplicam aos sócios da sociedade empresária – é muito importante apreender isto.

Daí que a empresa individual não possui personalidade jurídica, reputa-se, e, portanto, não pode ser sujeito de direitos e obrigações senão na pessoa do empreendedor e por essa razão a pessoa natural na atividade de empresário individual responde com todo o seu patrimônio por eventuais dívidas contraídas no desenvolver da sua atividade.

2 Da unicidade patrimonial e o Artigo 978 do Código Civil

Considerando a confusão patrimonial envolvendo a figura do empresário individual, importa trazer ao debate o disposto no artigo 978, que vem causando desencontros desde a entrada em vigor do Código Civil. Eis a redação: “Art. 978. O empresário casado pode, sem necessidade de outorga conjugal, qualquer que seja o regime de bens, alienar os imóveis que integrem o patrimônio da empresa ou gravá-los de ônus real”.

Evidencia-se, pela leitura do dispositivo reproduzido, que o legislador pretendia desburocratizar a atividade do empresário – individual – ao dispensar a outorga do cônjuge para alienação de bens imóveis que integram o patrimônio da empresa ou gravá-los de ônus real. Talvez até pretendesse viabilizar e facilitar a obtenção de crédito, cujo contrato poderia ser garantido pelos bens imóveis envolvidos na atividade.

Segue comentário do doutrinador Fiúza (2003, p. 884) sobre o ponto:

No que se refere às firmas individuais, que não adquirem personalidade jurídica própria, a norma em referência estabelece que, relativamente ao patrimônio imobiliário destinado pelo empresário para o exercício de sua atividade, tais bens poderão ser alienados ou gravados de ônus reais sem a necessidade de consentimento do respectivo cônjuge, uma vez que os bens imóveis diretamente afetados à atividade da empresa não estão compreendidos no patrimônioconjugal.

A leitura do artigo 1.639⁵ do Código Civil permite afirmar que não há impedimento de ordem legal para segregação patrimonial destinada à atividade empresária se estipulada previamente ao casamento. O ato de disposição deve constar no pacto antenupcial.

⁵ “Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprovare.

§ 1º O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento.

§ 2º É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.”

Nessa hipótese, por incidência do disposto no artigo 167, I, “13”, da Lei 6.015/73⁶, a afetação do patrimônio à atividade da empresa será seguramente registrada na matrícula do imóvel, garantindo publicidade e a plena eficácia do artigo 978 quando da oneração ou alienação por ato unilateral do empresário. Porém, quando não houver afetação do imóvel à atividade empresarial previamente ao casamento, a plena aplicabilidade do artigo 978 encontrará entraves, salvo na hipótese de separação absoluta.

O artigo 1.642⁷ do Código Civil prevê que em qualquer regime de bens podem os cônjuges, independente de autorização do outro, praticar atos de disposição e de administração necessários ao desempenho da profissão, desde que respeitados os limites previstos no artigo 1.647 do mesmo diploma legal.

Daí que a regra geral a ser observada é aquela prevista no artigo 1.647⁸ do CC e, diante dessa constatação, pode-se afirmar que o artigo 978 representa permissão excepcional.

Nesse aspecto é conveniente referir que a cautela exigida de todos os profissionais do Direito, especialmente advogados, resulta na inaplicabilidade do artigo 978 por razões de ordem prática.

Primeiramente, porque a própria lei não permite que os bens imóveis sejam registrados em favor da empresa individual justamente pela inexistência de personalidade jurídica, embora não seja raro encontrar matrículas com essa imprecisão técnica. Ainda que na matrícula conste menção ao CNPJ, o bem continuará a integrar o patrimônio único empresário/empresa e essa realidade demanda a observância do artigo 1.647 em caso de alienação ou oneração.

Em segundo lugar, nos deparamos com a enorme resistência dos registradores de imóveis em promover o lançamento na matrí-

⁶ “Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos.

I - o registro;

[...]

12) das convenções antenupciais”.

⁷ “Art. 1.642. Qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente:

I - praticar todos os atos de disposição e de administração necessários ao desempenho de sua profissão, com as limitações estabelecidas no inciso I do art. 1.647” (grifo nosso).

⁸ “Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:

I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;

II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;

III - prestar fiança ou aval;

IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

Parágrafo único. São válidas as doações nupciais feitas aos filhos quando casarem ou estabelecerem economia separada.”

cula da afetação do bem à atividade empresária, não sem razão, diga-se de passagem, ainda que tal ato conte com a autorização do cônjuge, e nem poderia ser diferente, dependendo do regime de bens adotado. Argumentam alguns a inexistência de previsão para a mencionada averbação na Lei nº 6.015/73, outros referem que a afetação nesses moldes poderia ser usada para burlar a compra e venda de bens que integram o patrimônio comum; inúmeros são os argumentos.

As ponderações lançadas pelo registrador Gilceu Antonio Vivan⁹ no site do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (IRIB) ilustram com precisão o posicionamento da grande parte dos registradores, conforme trecho a seguir destacado:

Para destinar um imóvel para a atividade de empresário individual, basta lavrar um instrumento público no qual o cônjuge empresário destina um imóvel para a empresa individual, e o outro cônjuge assina o mesmo instrumento na condição de anuente; não há sequer incidência de Imposto de Transmissão.

Como se percebe, o imóvel afeito à atividade de empresário individual continua a fazer parte do patrimônio ‘em comum’ do casal; ele não passa a ser de propriedade de uma pessoa natural diferente, e muito menos de uma pessoa jurídica diferente, pois o empresário individual não é pessoa jurídica, mas simplesmente a ela equiparado para fins tributários.

Por esta mesma razão, porque o imóvel afetado à empresa individual continua a fazer parte do patrimônio ‘em comum’ do casal, é que na alienação de imóvel titulado como de propriedade do empresário individual, ou da empresa individual, será sempre necessária a anuência de seu cônjuge (nos casos aqui focados).

Haverá quem rebata estes argumentos, alegando que o artigo 978 do NCC autoriza expressamente que o empresário casado alienie imóveis que integrem o patrimônio da empresa sem necessidade de outorga conjugal.

São argumentos válidos, porém o exegeta deve ser mais crítico e mais inquisitivo que o homem comum.

Plagiando o ‘Manual de Redação da Presidência da República’, ao tratar da sistemática da lei, item 10.2.1, ‘a existência de um sistema interno deve, sempre que possível, evitar a configuração de contradições lógicas, teleológicas, ou valorativas. Tem-se uma contradição lógica se, verbi gratia, a conduta autorizada pela norma ‘A’ é proibida pela norma ‘B’. Verifica-se uma contradição valorativa se se identificam incongruências de conteúdo axiológico dentro do sistema. É o que resulta, verbi gratia, da consagração de normas discriminatórias’.

⁹ <<http://www.irib.org.br/html/biblioteca/biblioteca-detalhe.php?obr=93>>.

dentro de um sistema que estabelece a igualdade como sistema basilar. Constatase uma contradição teleológica se há uma contradição entre os objetivos perseguidos por disposições diversas, de modo que a observância de um preceito importa a nulificação dos objetivos visados pela outra'.

Há de se reconhecer que o Código Civil Brasileiro possui um sistema interno que prioriza a segurança jurídica na transmissão de imóveis, da mesma forma que privilegia a proteção à família e ao seu patrimônio. É na realidade uma questão de eleição de prioridades, em se tratando de imóveis e especialmente de patrimônio familiar, a rigidez da forma e da solenidade prefere a liquidez proporcionada pela flexibilidade. São questões em que se revela a supremacia do interesse público 'segurança patrimonial familiar' sobre o interesse privado 'disponibilidade do patrimônio'. Tudo isso aliado à proteção ao hipossuficiente, em geral, o cônjuge virago.

Em sentido contrário ao sistema interno do Código Civil, é a permissão para que o empresário casado alienie imóveis integrantes do patrimônio da empresa, sem a outorga do cônjuge. Há no caso uma evidente contradição teleológica, pois a observância do artigo 978 do NCC importa a iniquidade dos objetivos visados pelo código como um todo.

Adotada esta postura, permite-se num primeiro momento que o empresário afete um imóvel de propriedade 'em comum' do casal para a atividade de empresário individual, com a anuência do cônjuge, e no momento seguinte, alienie-o sozinho. Há assim a possibilidade de o empresário individual consumir com o seu patrimônio sem a interferência do cônjuge.

Desta forma, esvai-se a tão almejada segurança ao patrimônio familiar.

Independentemente da justificativa apresentada e dos diferentes pontos de vista sobre o tema, fato é que raramente encontramos matrículas com averbação de notícia quanto à destinação do imóvel para a atividade empresarial.

Assim, a sempre esperada cautela dos profissionais do Direito exige que as partes envolvidas em qualquer negociação relacionada à alienação ou oneração de imóvel utilizado por empresário individual sejam orientadas a não dispensar o comparecimento do cônjuge do pretendente alienante.

É oportuno reproduzir decisão do Superior Tribunal de Justiça que vai ao encontro do ora defendido:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. AGRAVO RETIDO. INVIALIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA OMISSÃO. CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. PATRI-

MÔNIO DO EMPRESÁRIO INDIVIDUAL E DA PESSOA FÍSICA. DOAÇÃO. INVALIDADE. AUSÊNCIA DE OUTORGA UXÓRIA. ERRO DE FATO. TEMA CONTROVERTIDO. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI.

- Em ação rescisória, da decisão unipessoal que causar gravame à parte, não é cabível o agravo retido.
 - Não se conhece do recurso especial na parte em que se encontra deficientemente fundamentado.
 - Se o alegado erro foi objeto de controvérsia na formação do acórdão, incabível a ação rescisória.
 - Empresário individual é a própria pessoa física ou natural, respondendo os seus bens pelas obrigações que assumiu, quer civis quer comerciais.
 - Indispensável a outorga uxória para efeitos de doação, considerando que o patrimônio da empresa individual e da pessoa física nada mais são que a mesma realidade. Inválido, portanto, o negócio jurídico celebrado.
- Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. (REsp 594.832/RO, rel. ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 28/06/2005, DJ 01/08/2005, p. 443).

No que diz respeito à possibilidade de distinção patrimonial, cabe asseverar que, anos antes da publicação da Lei da EIRELI, Bruscato (2005, p. 177-178) já defendia a possibilidade de instituição do empresário individual de responsabilidade limitada por meio da segregação patrimonial para o exercício da atividade empresarial através da instituição de patrimônio de afetação, conforme segue:

O patrimônio de afetação tem-se constituído em uma técnica jurídica eficiente no resguardo de direitos patrimoniais.

[...]

Trata-se de dar a determinado bem ou porção de bens um destino especial. Sendo assim, o instituidor do patrimônio de afetação lhe atribuirá, de modo prévio e público, uma finalidade específica, devendo a ela se submeter.

Porém, a mencionada profissional não se descuida da realidade jurídica da unicidade patrimonial da atividade empresarial e do empresário. Eis seu comentário:

É preciso esclarecer que a separação patrimonial não é absoluta, porque o patrimônio pessoal, integrante do patrimônio geral do empresário, pode responder por dívidas oriundas da atividade profissional, em caso de responsabilização.

A limitação da responsabilidade cede, em casos predefinidos, ante a responsabilização, como no caso

de confusão patrimonial, mesmo que não existam dois entes distintos, que não implique uma nova personalidade (BRUSCATO, 2005, p. 266).

E segue:

Como exposto, a dívida será sempre de um mesmo sujeito, seja na condição de empresário, seja em sua vida privada. Apenas que a responsabilidade será imputada de acordo com essa mesma diferenciação da condição em que a dívida foi assumida: se em razão da atividade do E.I.R.L., o patrimônio especial deve responder e apenas ele, em regra (BRUSCATO, 2005, p. 266).

A formalização da afetação patrimonial para a figura do empresário individual encontra obstáculos de ordem prática, conforme já referido. É importante destacar, no entanto, que na defesa do seu entendimento a profissional não se omitiu de ressaltar a necessidade de comparecimento do cônjuge no ato de instituição da afetação através de instrumento público, mesmo considerando a redação do artigo 978.

Outra tese passível de defesa é no sentido de que a anuência para a afetação patrimonial, dependendo do regime de bens eleito, não abrange a meação do outorgante.

No regime de comunhão parcial, por exemplo, a concordância com a instituição de afetação patrimonial levada a termo por um poderia ser interpretada pelo Poder Judiciário como mera anuência quanto à oneração da meação do outro, mantendo desonerada a sua fração. Evidentemente que a clareza da intenção das partes também depende da técnica e do cuidado dedicado pelo profissional notarial quando da lavratura do instrumento.

Do exposto, conclui-se que o consentimento de um cônjuge para que o outro possa alienar ou gravar bens imóveis é indispensável para a estabilidade e segurança das relações jurídicas mesmo em vista do disposto no artigo 978 do CC.

De qualquer forma, a figura da EIRELI, pela sua natureza jurídica, o que será melhor abordado a seguir, transformará o artigo 978 em norma vazia. Isso porque, ao optar pela instituição da empresa individual de responsabilidade limitada, o empreendedor promoverá integralização de capital que consistirá em patrimônio distinto e sem relação direta com os bens do instituidor, tal como ocorre nas sociedades.

3 A natureza jurídica da EIRELI

A Lei nº 12.441/2011 promoveu alteração do artigo 44 do Código Civil com a inclusão do inciso VI que trata das empresas indivi-

duais de responsabilidade limitada no rol de pessoas jurídicas de direito privado. Não há dúvida, portanto, que a EIRELI constitui uma nova espécie de pessoa jurídica de direito privado.

Ocorre que a redação original do Projeto de Lei nº 4.605 preconizava que a EIRELI seria constituída por um único sócio titular da totalidade do capital social.

Eis a redação original do dispositivo: “Art. 985-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por um único sócio, pessoa natural, que é o titular da totalidade do capital social e que somente poderá figurar numa única empresa dessa modalidade”.

Ao prever a titulação da EIRELI por um único “sócio”, a redação original do dispositivo conduziu inúmeros estudiosos a qualificarem a nova empresa como “sociedade unipessoal”, posicionamento que alguns mantiveram mesmo após a publicação da norma com a substituição do antigo 985-A pelo artigo 980-A.¹⁰

Um dos defensores da EIRELI como sociedade unipessoal é o professor Campinho (2011, p. 285), que argumenta:

[...] pela racionalidade que se pode extrair dos preceitos da Lei nº 12.441/2011, a EIRELI é, em verdade, uma sociedade, mas sociedade unipessoal. Essa unipessoalidade permanente que caracteriza a sua constituição é o seu marco distintivo. Assim é que o legislador preferiu grifá-la com um título próprio (Título I-A) e não incluí-la no Título II, que manteve reservado para as sociedades com pluralidade de sócios, as quais se formam, destarte, a partir de um contrato plurilateral.

¹⁰ “Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no País.

§ 1º O nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão ‘EIRELI’ após a firma ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada.

§ 2º A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade.

§ 3º A empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração.

§ 4º (VETADO).

§ 5º Poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional.

§ 6º Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas.”

O célebre professor arremata o seu raciocínio asseverando que a EIRELI

É uma modalidade de sociedade limitada, com o traço característico, que lhe imprime particularidade, de ser formada por um único sócio. Não nos soa estranho afirmar, portanto, que a EIRELI, de um certo modo, guardadas as necessárias distinções e proporções, está para a sociedade limitada; assim como a subsidiária integral está para a sociedade anônima (a ela também são aplicáveis as regras de tipo das sociedades anônimas no que for compatível com a sua estrutura unipessoal). O marco distintivo, pois, que categoriza a modalidade societária (EIRELI e subsidiária integral) é a unipessoalidade, que se contrapõe à pluralidade social, necessária à constituição da sociedade limitada e da sociedade anônima (sociedades pluriúnicas).

Com o devido respeito ao posicionamento do ilustre professor, a conceituação da EIRELI como sociedade individual é contraditória e não encontra respaldo no Código Civil.

Isso porque a expressão “sociedade” como utilizada no ordenamento pátrio pressupõe coletividade, um conjunto de pessoas reunidas para o desenvolvimento de determinada atividade econômica, conforme fica claro pela leitura do artigo 981¹¹ do Código Civil.

Por outro lado, o traço característico da EIRELI, a unipessoalidade, apresentada pelo professor Campinho como uma particularidade legislativa da nova pessoa jurídica, já estava previsto para as sociedades antes mesmo da publicação da Lei nº 12.441/2011. Porém, fazendo uso da exceção para confirmar a regra, a unipessoalidade é causa de dissolução da sociedade, conforme preconiza o artigo 1033¹², VI, do Código Civil.

¹¹ “Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.”

¹² “Art. 1.033. Dissolve-se a sociedade quando ocorrer:

I - o vencimento do prazo de duração, salvo se, vencido este e sem oposição de sócio, não entrar a sociedade em liquidação, caso em que se prorrogará por tempo indeterminado;

II - o consenso unânime dos sócios;

III - a deliberação dos sócios, por maioria absoluta, na sociedade de prazo indeterminado;

IV - a falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de cento e oitenta dias;

A autorização legislativa para a preservação da sociedade de forma unipessoal pelo lapso temporal de 180 dias é permissivo excepcional e tem como objetivo conferir tempo hábil ao sócio remanescente para restabelecimento da pluralidade sem prejuízo da suspensão das atividades.

Ademais, a Lei nº 12.441/2011 acrescentou novo inciso ao rol pessoas jurídicas de direito privado previsto no art. 44 do Código Civil como já referido. A EIRELI está prevista no inciso VI do dispositivo, enquanto as sociedades são tratadas no inciso II do mesmo artigo. Tais disposições evidenciam que o legislador não quis confundir essas duas figuras – sociedade e EIRELI.

Para reforçar ainda mais a impossibilidade de classificação da EIRELI como sociedade, cabe considerar o ajuste topográfico da matéria. A EIRELI foi disciplinada em um título próprio (Título I-A do Livro II), ao passo que as sociedades são tratadas no Título II. Se fosse intenção da lei estabelecer novo tipo de sociedade, faria a inserção da EIRELI no Título II, em vez de conferir-lhe novo destaque na organização do Código Civil.

Apesar de afastar a tese da EIRELI enquanto sociedade, não se pode ignorar a impropriedade técnica adotada pela redação do artigo 980-A ao fazer menção ao “capital social” do único titular. Se há capital social, há sociedade, defendem alguns estudiosos do tema.

Na mesma linha do *caput*, o parágrafo 3º do mesmo artigo prevê a possibilidade de constituição da EIRELI pela concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio. Ora, se o dispositivo refere outra modalidade societária é porque está se tratando naquele momento de alguma forma de sociedade, argumentam os defensores da EIRELI como sociedade unipessoal.

Cabe mencionar que as expressões “social” (artigo 980-A) e “outra modalidade societária” (§ 3º do mesmo artigo referido) também são objeto de correção através do PL 96/2012. Segue a redação sugerida:

Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa natural, titular da totalidade do capital.

§ 1º O nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão “EIRELI” após a firma ou a denominação.

V - a extinção, na forma da lei, de autorização para funcionar.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV caso o sócio remanescente, inclusive na hipótese de concentração de todas as cotas da sociedade sob sua titularidade, requeira, no Registro Público de Empresas Mercantis, a transformação do registro da sociedade para empresário individual ou para empresa individual de responsabilidade limitada, observado, no que couber, o disposto nos arts. 1.113 a 1.115 deste Código.”

nação da empresa individual de responsabilidade limitada.

§ 2º A pessoa natural poderá constituir mais de uma empresa individual de responsabilidade limitada.

§ 3º A empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da concentração das quotas de modalidade societária em um único sócio, independentemente das razões que motivaram a concentração.

Eis a justificativa apresentada pelo excelentíssimo senador Paulo Bauer (PL do Senado nº 96/2012) para a alteração apresentada:

Frederico Garcia Pinheiro defende a possibilidade de constituição de empresa individual de responsabilidade limitada por iniciativa de pessoa jurídica: “O art. 980-A do Código Civil também abre a possibilidade para que determinada pessoa jurídica constitua outra pessoa jurídica sob a forma de EIRELI. Essa conclusão pode ser facilmente obtida mediante a constatação de que o caput do art. 980-A do Código Civil não faz distinção entre pessoa natural e jurídica, ao passo que, mais à frente, no § 2º do mesmo dispositivo, há menção expressa à pessoa natural [...]”.

[...]

O presente projeto de lei esclarece a questão, conferindo somente à pessoa natural a possibilidade de constituir empresa individual de responsabilidade limitada.

Continuando o exame da lei, destacamos que ela contém impropriedades de caráter formal. O caput do art. 980-A utiliza a expressão “capital social”, quando o correto é somente “capital”, haja vista que não há constituição de sociedade. Igual equívoco se verifica no § 1º, ao falar em firma ou denominação “social”. O § 3º diz que a empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da concentração das quotas de “outra” modalidade societária, embora não tenha a empresa individual natureza jurídica de sociedade.

De qualquer forma, apesar das impropriedades técnicas na redação do artigo 980-A, utilizadas para a defesa da tese da EIRELI enquanto SOCIEDADE, conforme já referido, não deve ser esse o entendimento que irá prevalecer. Por se entender que não há espaço nas espécies de sociedades para a nova figura, a EIRELI deve ser tratada como pessoa jurídica autônoma por ser essa a vontade expressa pelo disposto no artigo 44.

Pode-se conceituar a empresa individual de responsabilidade limitada, portanto, como uma pessoa jurídica de direito privado, constituída por uma só pessoa, com responsabilidade patrimonial limitada, que tem como objeto o exercício de uma atividade eco-

nômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Nesse contexto, cumpre destacar que, apesar da estreita ligação da EIRELI com a figura do empresário individual, a nova pessoa jurídica é ente personificado e distinto do empresário, embora relacionados, repita-se. Portanto, a EIRELI não é o próprio empresário individual com responsabilidade limitada. Não foi essa a intenção do legislador ao publicar a norma, embora estivesse na essência do PL originário. A lei instituidora possibilita ao empresário individual a constituição da empresa, mas não autoriza definir a EIRELI como nova “espécie” de empresário individual.

Novamente abordando a organização do Código Civil, se o legislador pretendesse criar novo tipo de empresário individual, teria inserido a EIRELI através do Capítulo III do Título I. Ao optar pela criação do Título I-A, acabou por firmar a independência da empresa individual diante do empresário.

E não se ignora os efeitos decorrentes da adoção do conceito aqui defendido. A defesa da EIRELI como pessoa jurídica distinta das sociedades e do empresário individual resulta na inaplicabilidade da Lei de Recuperação e Falência frente ao disposto em seu artigo 1º¹³, por exemplo.

A menção quanto à não incidência do disposto na Lei da Recuperação Extrajudicial e Falência sobre as EIRELI é decorrência de exercício de interpretação da nova disposição legislativa e da observação inflexível do texto da Lei 11.101/2005. Nessa afirmação não se consideram os princípios norteadores da Recuperação, como a continuidade empresarial, por exemplo.

Dante desse quadro, não há dúvida de que o Poder Judiciário flexibilizará, ou melhor, estenderá a abrangência da Lei nº 11.101/2005, especialmente para afastar os efeitos decorrentes do vácuo legislativo no trato da insolvência da nova pessoa jurídica.

4 A (im)possibilidade de constituição de EIRELI por pessoa jurídica

O artigo 980-A do Código Civil estabelece que a EIRELI será constituída por uma única pessoa titular da integralidade do capital social.

Nesse ponto convém lembrar que o projeto original do qual resultou a Lei nº 12.441/2011 era claro ao preconizar que a EIRELI

¹³ “Art. 1º Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.”

poderia ser constituída exclusivamente por pessoa natural, o que afastava a possibilidade de instituição da nova empresa por outra pessoa jurídica.

Ocorre, todavia, que, por ocasião da aprovação do substitutivo do deputado Marcelo Itagiba (PSDB-RJ), o texto original foi modificado com a exclusão das expressões “sócio” e “natural”. O aludido substitutivo também promoveu a inclusão do inciso VI no artigo 44, fixando a EIRELI como pessoa jurídica, além de substituir o artigo 985-A pelo artigo 980-A com a criação do Título I-A do Código Civil, conforme já referido.

Da leitura do voto do relator¹⁴ tratando do substitutivo em questão, aprovado em 5 de agosto de 2010, parece evidente que pretendia apenas a exclusão da expressão “sócio” do texto original.

Contudo, ao aprovarem a exclusão da expressão “natural” do texto original, os senhores congressistas abriram espaço para a instauração de controvérsia sobre a possibilidade ou não de constituição de EIRELI por pessoa jurídica.

Argumentam os defensores da possibilidade de criação de EIRELI por pessoa jurídica que a ausência de expressa vedação legislativa representa autorização tácita pela aplicação do disposto no artigo 5º, II¹⁵, da Constituição Federal. Reforçam esse entendimento citando o disposto no parágrafo 6º do artigo 980-A, que afirma a aplicação à EIRELI das regras que tratam da sociedade limitada, que, sabidamente, pode ser constituída por pessoa jurídica.

Ainda, a redação do parágrafo 2º do 980-A, ao estabelecer que a pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade, permite o raciocínio, por exclusão, de que a pessoa jurídica poderá figurar em mais de uma EIRELI.

Também o parágrafo 3º aumenta os argumentos sobre a possibilidade de constituição de EIRELI por pessoa jurídica, já que autoriza a criação da nova empresa por concentração de quotas de “outra” sociedade. Bastaria, para tanto, que a “outra sociedade”

¹⁴ <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=793401&filename=Tramitacao-PL+4605/2009>.

¹⁵ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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

possuísse no seu quadro societário uma pessoa jurídica que passasse a concentrar a totalidade do capital social.

Porém, a aceitação da tese de que a pessoa jurídica poderia instituir EIRELI também abriria margem para a burla da norma restritiva do parágrafo 2º, que veda a participação da pessoa natural em mais de uma empresa individual de responsabilidade limitada.

Não há dúvida quanto à classificação da EIRELI como pessoa jurídica, conforme visto. Também se afirmou que a vedação do parágrafo 2º é direcionada à pessoa natural e, portanto, autoraria, em tese, a formação de mais de uma EIRELI por pessoa jurídica.

Partindo das premissas apresentadas aqui, bastaria que a pessoa natural instituidora de uma EIRELI formasse, a partir dessa empresa, tantas quantas outras EIRELI melhor lhe apropvesse para fazer letra morta a disposição do parágrafo 2º. Nessa hipótese, em um raciocínio simplório, tendo-se em vista a unipessoalidade como característica marcante da nova pessoa jurídica, todo o capital estaria concentrado em uma única pessoal natural.

Ora, evidente que não se coaduna com as normas básicas de direito o entendimento de que uma norma jurídica possa trazer no seu bojo, no próprio texto, a possibilidade de fazer inócuas suas próprias disposições.

Nesse contexto, é oportuno pedir licença para mencionar o raciocínio de Santos (2011, grifos do autor), que apresenta esclarecedor texto sobre a aplicação de regras da Hermenêutica que se ajusta perfeitamente à questão em análise:

1ª regra. É incorreta a interpretação que conduz ao vago, inexplicável, contraditório ou absurdo.

9. Na interpretação deve-se sempre preferir a inteligência que faz sentido à que não faz. Essa regra tem relação com uma passagem do jurisconsulto Paulo, no *Digesto*: nas proposições obscuras se costuma investigar aquilo que é verossímil, ou o que é de uso ser feito o mais das vezes. Barros Monteiro a atualiza dizendo que “deve ser afastada a exegese que conduz ao vago, ao inexplicável, ao contraditório e ao absurdo”. E San Tiago Dantas lembrava que o brocardo *o legislador não pode ter querido o absurdo* é quase sempre verdadeiro [9]. Na interpretação de uma norma freqüentemente o operador deve optar entre mais de um possível sentido para o texto. Dentre os entendimentos que se pode extrair de uma norma, deve ser descartado aquele que conduz ao absurdo. Por absurda, aqui, se entende a interpretação que: a) leva à ineficácia ou inaplicabilidade da norma, tornando-a supérflua ou sem efeito (como será visto na 2ª regra, a lei não tem palavras nem disposições inúteis); b) conduz a uma iniqui-

dade: o preâmbulo constitucional diz que a justiça é um valor supremo da sociedade brasileira, e o art. 3º, I, da Constituição diz que é objetivo permanente da República (e de suas leis, por extensão) construir uma sociedade justa; c) infringe a finalidade da norma ou do sistema; d) conduz a um resultado irrealizável, impossível, ou contrário à lógica; e) conduz a uma colisão com princípios constitucionais ou regentes do sub-sistema [sic] a que se refere a norma: os princípios são vetores de interpretação, e constituem super-normas que indicam os fins e a lógica específica de um determinado sistema ou sub-sistema; f) conduz a uma antinomia com normas de hierarquia superior, ou com normas do mesmo texto legal, situações onde não pode haver antinomia (vide a 3ª regra, infra); g) conduz a uma fórmula incompreensível, de inviável aplicação prática [10].

O uso da Hermenêutica, contudo, como ciência e regra de interpretação, cabe aos operadores do Direito.

Aliás, sobre a concentração do capital da empresa em uma única pessoa, já houve a prolação de sentença autorizando a recomposição da pluralidade de sócios em sociedade limitada com a inserção no quadro societário de EIRELI instituída pelo sócio remanescente.

A mencionada decisão foi proferida em suscitação de dúvida inversa que tramitou perante a 1ª Vara de Registros Públicos da Comarca de São Paulo sob o nº 0046207-34.2012.8.26.0100. O Excelentíssimo Juiz de Direito Dr. Marcelo Martins Berthe acolheu o pleito apresentado e determinou o registro da forma pretendida pelo requerente por reconhecer a autonomia patrimonial da EIRELI diante da figura do sócio e instituidor. Segue reprodução de trecho da mencionada decisão no ponto relevante:

Não há proibição legal para isso e a própria existência jurídica da figura da Eireli no ordenamento jurídico torna forçoso reconhecer a possibilidade de uma pessoa jurídica ter apenas um titular e com ele não se confundir, tendo patrimônio e personalidade jurídica próprios. Possível até supor incompatibilidade entre os interesses do titular da Eireli e da própria empresa individual de responsabilidade limitada, porquanto os interesses empresariais podem, em muitos casos, tomar contornos que não se compatibilizariam com o interesse particular do seu titular, fato que haverá de ser oportunamente solucionado pela forma e meios próprios, se tal viesse a ocorrer.

A verdade é que criada a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada ela ganha autonomia em relação ao seu titular, respondendo pessoalmente com seu

patrimônio por suas atividades, sem que se confundam patrimônios e interesses.

No passado já se criara também entre as sociedades por ações a subsidiária integral, que também trouxe alguma perplexidade inicial, mas que é pessoa jurídica de direito privado com autonomia, patrimônio e personalidade jurídica próprios. Não há, pois, como falar que uma sociedade não pudesse receber uma Eireli como sócia, apenas porque o único sócio, pessoa natural, e o titular da Eireli, sejam os mesmos. Haverá duas pessoas diversas, e que não podem ser confundidas.

A pluralidade de sócios deve ter sua existência considerada a partir da existência de pessoas diversas, pouco dizendo que uma das pessoas jurídicas de direito privado tenha como titular a mesma pessoa natural que integra a sociedade, o que é irrelevante para a regular existência da sociedade com pluralidade de pessoas.

Assim afasto o óbice posto para a averbação da alteração contratual que pretende o ingresso da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada EIRELI como sócia da requerente. Encaminhem-se estes autos ao Oficial Registrador competente para que dê cumprimento à Portaria Conjunta nº 01/2008 das Varas de Registros Públicos da Capital de São Paulo.

Nos termos da citada portaria esta sentença servirá de título para o registro, não sendo necessária a expedição de novos documentos.

Porém, a decisão aqui reproduzida acabou reformada pela Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O parecer de autoria do Juiz Assessor da Corregedoria, Excelentíssimo Dr. Luciano Gonçalves Paes Leme¹⁶, acolhido na íntegra pelo Excelentíssimo Desembargador José Renato Nalini, Corregedor-Geral da Justiça do TJSP, é instrumento de valor para compreensão da melhor interpretação aplicável ao tema.

No referido parecer, o douto magistrado tece comentários sobre as diferenças entre a EIRELI e o empresário individual e sobre a nova figura jurídica como pessoa jurídica distinta das sociedades. Segue trecho da manifestação no ponto pertinente:

No entanto, a novidade não ficou na separação patrimonial, com a formação de duas massas patrimoniais distintas, uma delas separada do patrimônio geral, individualizada e especificamente afeta à atividade empresarial, importante, mas insuficiente para os fins projetados.

Por escolha do legislador, preocupado também com a coerência sistemática, criou-se, mediante construção técnica, uma nova pessoa jurídica, outro centro de im-

¹⁶ <<http://www.tjsp.jus.br/cco/obterArquivo.do?cdParecer=5428>>.

putação de direitos e deveres, com existência independente e autonomia patrimonial, denominado empresa individual de responsabilidade limitada.

[...]

Diante do sistema jurídico pátrio, nitidamente contratualista em matéria societária, no qual a sociedade unipessoal é exceção e a unipessoalidade superveniente é temporária, resolveu-se, por nova fórmula, outra organização jurídica unipessoal da exploração empresarial, alternativa à sociedade, à forma societária, mas dotada de plena subjetividade jurídica.

Optou-se, para instrumentalizar a limitação de responsabilidade do empresário individual, pela solução personificada: a inovação normativa não se restringiu, insistiu-se, à separação patrimonial, do patrimônio especial afeto a uma atividade, a um objetivo, a uma finalidade econômica, à satisfação de necessidades determinadas.

[...]

Realmente, a instituição da empresa individual de responsabilidade limitada como pessoa jurídica, submetida, no que couber, “às regras previstas para as sociedades limitadas” (§6º do artigo 980-A do CC), reflete claramente essa opção.

E prossegue com a sua explanação tratando da possibilidade de burla à vedação do §2º do artigo 980-A através da admissão da EIRELI em sociedade cujo sócio remanescente seja o seu próprio titular, conforme segue:

Dentro desse contexto, a *EIRELI* poderá, em nome próprio, adquirir direitos e contrair obrigações e, inclusive, “ter participação no capital de outras sociedades”.

Entretanto, isso não significa que possa ser utilizada, instrumentalizada, para, em direta afronta a *ratio legis*, recompor a pluralidade de sócios de sociedade da qual seu titular é o remanescente.

A transformação da sociedade em *EIRELI* é uma alternativa para impedir a dissolução decorrente da *unipessoalidade superveniente* (§3º do artigo 980-A e 1.033, IV e parágrafo único, do CC), não uma saída – planejada, *in concreto*, por José Carlos Macedo Soares Brusch, para restabelecer a pluralidade de sócios e, a priori, driblar impedimento legal e viabilizar a entrada pela porta dos fundos de situação cujo acesso, pela da frente, foi vedado.

Tolerada a operação planeada pela interessada, no seu interesse empresarial e no do seu sócio remanescente, *titular* da *EIRELI*, abre-se a possibilidade de contornar, por via oblíqua, indireta, *sob a aparéncia da sociedade*, a proibição de constituição de mais de uma *empresa individual de responsabilidade limitada* pela mesma pessoa natural (§2º do artigo 980-A do CC).

Fere as sensibilidades éticas permitir à EIRELI servir de impulso e ferramenta para a formação de *sociedades fictícias*: é contrário à teologia legal admiti-la como trampolim para a perpetuação de situações fálicas indesejadas; o efeito colateral visado, antecipou-se, foi outro, o desencorajamento das *sociedades de fachada*, porque não mais necessárias para fins de limitação da responsabilidade.

A situação ainda expressa uma *autocontratação* inválida: a alteração contratual cuja averbação é discutida, projetada por José Carlos Macedo Soares Brusch, que intervém na operação com dupla qualidade – na de sócio e administrador da interessada e na de *titular* administrador da *Brusch Empreendimentos e Participações EIRELI*, concentrando em si centros de interesses diversos e dispondo de dois patrimônios distintos, evidencia típica hipótese de *contrato consigo mesmo*.

[...]

Além de inexistir expressa autorização para a engenhosa negociação, ofensiva ao espírito da Lei nº 12.441/2011, resta caracterizada a concentração de interesses empresariais antagônicos em uma mesma pessoa: trata-se de *causa objetiva de anulabilidade*. O conflito de interesse é latente; a operação objetiva atender apenas aos interesses empresariais da *Paulistana Administração e Participações Ltda.*; os da EIRELI, instrumento a serviços daquela, são desconsiderados.

Debaixo dessa ótica, e embora não proscrito o *autocontrato* (artigo 117, *caput*, do CC), o negócio jurídico sob análise é inválido, porque – inócua, pela peculiaridade da situação, eventual anuência do representado, a EIRELI que está sob a titularidade do sócio da recorrida, e ausente expressa permissão legal – a inocorrência de colisão de interesses em potência era imprescindível para aceitação do *contrato consigo mesmo*.

[...]

Enfim, a desqualificação registral se mostrou acertada; justifica-se, nessa trilha, a reforma da r. sentença impugnada, nada obstante seus judiciosos fundamentos. (grifos do autor).

Pelo breve histórico já traçado, fica claro que a concepção da EIRELI tinha como fundamento primordial a limitação da responsabilidade patrimonial do empresário individual, o que se perdeu no curso do processo legislativo, resultando na criação de uma nova pessoa jurídica.

E, nesse cenário, partindo do pressuposto de que o projeto original foi desenvolvido, ou desvirtuado, resultando na criação de nova pessoa jurídica, não há como negar a razoabilidade dos argumentos apresentados pelos defensores da possibilidade de constituição de EIRELI por outra pessoa jurídica de direito privado como resultado da mera aplicação literal da norma.

Embora relevantes todos os argumentos apresentados, especialmente por contribuírem para o amadurecimento da nova figura jurídica, a tese sobre a constituição da EIRELI por pessoa jurídica não prosperou em um primeiro momento.

Em novembro de 2011, o Departamento Nacional de Registro de Comércio (DNRC) fez publicar a Instrução Normativa 117/2011, por meio da qual foi aprovado o Manual de Atos de Registro de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, cujo item 1.2.11 foi taxativo quanto à impossibilidade de formação da EIRELI por pessoa jurídica.

Apesar da apresentação de inúmeras proposições para aprovação de enunciados em sentido contrário, o Conselho da Justiça Federal (CJF), na V Jornada de Direito Civil, aprovou o Enunciado 468¹⁷ com o seguinte teor: “Art. 980-A: A empresa individual de responsabilidade limitada só poderá ser constituída por pessoa natural”.

Porém, como é do conhecimento dos profissionais do Direito, toda inovação legislativa, por maior que seja o debate prévio junto à sociedade civil, possui um tempo próprio de maturação. Esse processo de amadurecimento é necessário para que a sociedade, mais precisamente a classe empresarial, no caso da EIRELI, possa avaliar com cautela as vantagens e desvantagens da nova figura jurídica. Isso porque não raras vezes os empresários são prejudicados pelas inovações legais, especialmente porque costumam vir acompanhadas de algumas inovações tributárias inesperadas.

O expressivo acréscimo de pedidos de registro de empresas individuais de responsabilidade limitada na JUCERGS demonstra que, passados dois anos da criação da EIRELI, a sociedade passou a perceber as vantagens da instituição dessa modalidade empresarial para o desenvolvimento de atividades produtivas.

Nesse passo, é natural que a partir desse momento o Poder Judiciário seja demandado com maior frequência para dirimir as dúvidas, acalorando ainda mais os debates sobre a nova figura jurídica.

Começam a surgir precedentes favoráveis à instituição de EIRELI por pessoa jurídica, apesar da orientação inicial do CJF em sentido oposto.

No âmbito do Tribunal Regional da 5ª Região, já foram proferidas decisões reconhecendo a ilegalidade da proibição imposta pela Instrução Normativa 117/2011, conforme julgados a seguir re-

¹⁷ <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-cej/v-jornada-direito-civil/VJornadadireitocivil2012.pdf>>.

produzidos, ambos de relatoria do Excelentíssimo Desembargador Federal Lázaro Guimarães:

Processual Civil e Administrativo. Mandado de segurança de caráter preventivo. Hipótese em que não se ataca a lei em tese. Arquivamento de atos na Junta Comercial. EIRELI. A instrução Normativa 117/11, do DNRC, extrapola os limites legais, ao interpretar restritivamente o art. 980-A do Código Civil, que se refere a uma única pessoa titular da totalidade do capital social, sem distribuir pessoa física de pessoa jurídica. Apelação e remessa oficial desprovidas. (PJE: 08002789820124058300, AMS/PE, relator: Desembargador Federal Lazaro Guimarães, Quarta Turma, julgamento: 19/03/2013).

Civil. Limitação instituída pela Instrução Normativa 117/11, do DNRC, que extrapola os limites legais, ao interpretar restritivamente o art. 980-A do Código Civil, que se refere a uma única pessoa titular da totalidade do capital social, sem distribuir pessoa física de pessoa jurídica. Criação de EIRELI por pessoa jurídica. Agravo provido. (PJE: 08002033020124050000, Ag/PE, relator: Desembargador Federal Lazaro Guimarães, Quarta Turma, julgamento: 06/11/2012).

Já no âmbito do Tribunal Regional Federal da 3^a Região, em outubro de 2013, foi proferida sentença tornando definitiva a antecipação de tutela concedida e acolhendo pedido formulado nos autos do mandado de segurança nº 0011383-32.2013.403.6100 para determinar à Junta Comercial do Estado de São Paulo que proceda à análise do pedido de registro do ato constitutivo da empresa Delberco Consultoria Empresarial EIRELI, sem opor o impedimento relativo à restrição de constituição de empresa dessa espécie por pessoa jurídica. Contra a decisão foi interposto recurso de apelação distribuído perante a 1^a Turma do TRF3.

Evidente que os precedentes aqui citados não representam uma tendência jurisprudencial, mas constituem um importante contraponto ao posicionamento tido como adequado até o momento, até por força regulamentar, sobre a impossibilidade de instituição da EIRELI por pessoa jurídica.

De qualquer forma, uma vez apresentados os argumentos, cabe aos operadores do Direito estimularem ainda mais os debates nascentes.

O melhor aproveitamento das vantagens decorrentes da opção pela nova figura jurídica pelos empresários depende da segurança dessa opção, segurança jurídica, que somente será alcançada com a rápida resolução das controvérsias existentes.

Sabe-se, no entanto, que a possibilidade ou não da constituição da EIRELI por pessoa jurídica e a aceitação desse entendimento pelo Poder Judiciário não serão apenas fruto de interpretação jurídica, mas dependerão, sobretudo, do bom uso pela sociedade dos meios legislativos disponíveis para desenvolvimento das atividades produtivas.

Conclusão

De tudo aqui exposto, não há dúvidas de que a introdução da EIRELI pela Lei nº 12.441/2011 representa significativo avanço no âmbito do Direito Empresarial e importante instrumento no fortalecimento da atividade econômica produtiva.

Embora o nascedouro da EIRELI, o Projeto de Lei nº 4.605 de 2009, tivesse como intuito promover a distinção patrimonial entre os bens da atividade empresarial e da figura do empresário, o processo legislativo resultou na criação de nova pessoa jurídica com a inserção do inciso VI no artigo 44 do Código Civil.

A Lei nº 12.441/2011 apresenta uma alternativa para o empresário individual ao autorizar a pessoa natural a constituir a empresa individual de responsabilidade limitada, tendo impacto relevante na limitação da responsabilidade do titular e na blindagem do patrimônio da pessoa instituidora, mas não afasta a incidência das regras que tratam da desconsideração da personalidade jurídica. Porém, não há que se falar em nova espécie de empresário individual.

Percebe-se, agora com maior clareza, que a EIRELI é ente jurídico dotado de personalidade própria e patrimônio distinto do acervo do seu instituidor, tal como ocorre com as sociedades.

Uma das características da nova pessoa jurídica é a unipessoalidade, e esse permissivo legislativo, a concentração de capital em uma única pessoa, é elemento marcante do conceito da nova pessoa jurídica, considerada por ilustres mestres como uma sociedade unipessoal. Esse entendimento da EIRELI como figura societária é herança da redação original apresentada no PL que permitia a concentração do capital em um único “sócio”.

Embora a expressão “sócio” tenha sido excluída do *caput* do texto publicado, numerado como 980-A, o entendimento da EIRELI como sociedade unipessoal ainda é defendido com veemência em face da impropriedade técnica mantida em alguns parágrafos do texto legal.

Contudo, os argumentos declinados permitem atestar com segurança que a EIRELI não se coaduna com o conceito de sociedade apresentado no ordenamento pátrio e pacificado no âmbito dos Tribunais.

Tem-se, portanto, a EIRELI como uma pessoa jurídica de direito privado, constituída por uma só pessoa, com responsabilidade patrimonial limitada, que tem como objeto o exercício de uma atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

O processo legislativo também resultou na modificação do texto inicialmente apresentado, que era claro quanto à possibilidade de instituição da nova figura empresária por pessoa natural.

Ao excluir a expressão “natural” do texto legal, o legislador permitiu prosperar o entendimento pela viabilidade de criação da EIRELI por pessoa jurídica.

Não bastasse a inexistência de expressa vedação legal para constituição da EIRELI por pessoa jurídica, a redação emprestada ao § 2º do 989-A ainda possibilita inferir que à pessoa jurídica é possível a constituição de várias empresas limitadas de responsabilidade limitada.

Parece claro que o espírito da Lei nº 12.441/2011 vai de encontro à tese que defende a possibilidade de instituição de EIRELI por pessoa jurídica. Porém, a argumentação dos defensores dessa tese encontra respaldo no texto legal e começa a encontrar eco nos Tribunais Regionais Federais.

Apesar da convicção de que a nova pessoa jurídica foi bem assimilada pela sociedade e permitirá forte impulso das atividades empresariais, resta saber qual entendimento prevalecerá perante os Tribunais Superiores quando forem chamados a enfrentar as questões controvertidas relacionadas à EIRELI e quais os efeitos daí decorrentes.

Referência

- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.**
- BRUSCATO, Wilges Ariana. *Empresário individual de responsabilidade limitada*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.**
- CAMPINHO, Sérgio. *O Direito de Empresa à Luz do Código Civil*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.**
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 12ª ed. São Paulo: Forense, 2003.**
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. v.1.**
- FIÚZA, Ricardo. *Novo código civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003.**
- GUSMÃO, Mônica. *Curso de direito empresarial*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.**
- SANTOS, Alberto Marques dos. *Regras científicas da hermenéutica. Revista Judiciária do Paraná*, Curitiba, ano VI, n. 2, jan. 2011. Disponível em: <<http://>>**

albertodossantos.wordpress.com/artigos-juridicos/regras-da-hermeneutica>.
Acesso em: 10 fev. 2014.

VIVAN, Gilceu Antonio. Considerações sobre o patrimônio do empresário individual. IRIB – Instituto de Registro Imobiliário do Brasil. Disponível em: <<http://www.irib.org.br/html/biblioteca/biblioteca-detalhe.php?obr=93>>. Acesso em: 21 jan. 2014.

A contratação e o registro digital no Programa Minha Casa Minha Vida: solução jurídica para atendimento do princípio constitucional da eficiência ou abertura para fraudes cibernéticas? A segurança jurídica nas transações digitais aos olhos do direito empresarial eletrônico

Enliu Rodrigues Taveira

*Advogado da CAIXA no Mato Grosso do Sul
Especialista em Direito Processual Civil pela Rede LFG*

RESUMO

O direito empresarial é amplo e irradia os seus efeitos para os demais ramos, no intuito de que eles propiciem elementos jurídicos que resguardem as operações empresariais. Em razão disso, com a edição da Lei nº 11.977/09, que institui o Programa Minha Casa Minha Vida, surgiram inovações que contribuíram com o direito, em especial, com o direito empresarial digital, ao prever mecanismos para a troca de informações contratuais, inclusive aquelas que possuem força de escritura pública, pela rede de computadores. Por outro lado, esse mecanismo não poderá funcionar sem a assistência do direito penal e registral, razão pela qual questões relevantes desses pontos são aqui abordadas. Por fim, conclui-se pela positiva repercussão dessas inovações no campo empresarial digital.

Palavras-chave: Circulação de riquezas. Contrato digital. Registro eletrônico. Arquitetura digital.

ABSTRACT

The business law is broad and radiates its effects for the other branches, with the intention that they propitiate legal elements that protect business operations. On this account, with issue of Law nº 11.977/09, establishing the program Minha Casa Minha Vida, innovations emerged that contributed to the law, in particular, the digital business law to provide mechanisms to

exchange contractual information, including those that have the force of a public deed, by computer network. Furthermore, this mechanism can not function without the assistance of criminal and registral law, reason why relevant questions of these points are addressed here. Finally, we conclude by the positive impact of these innovations in the digital business field.

Keywords: Circulation of wealth. Digital contract. Electronic registration. Digital architecture.

Introdução

A Caixa Econômica Federal (CEF) é a base do sistema habitacional brasileiro, na medida em que administra diversos programas e políticas governamentais, como o Minha Casa Minha Vida, FAR, FDS, PNHR, FGTS, contribuindo para o crescimento do país e garantindo dignidade a todas as classes sociais. Noutro ponto, deve-se atentar que a população brasileira cresce a cada ano e já ultrapassa 200 milhões de habitantes, assim como a renda das famílias aumenta a cada ano, fatos estes que estimulam a aquisição da casa própria.

Desse modo, como a CEF atua diretamente nesse segmento, a formalização dos contratos habitacionais avolumou-se, ocasionando acréscimos vultosos de custos operacionais, em razão do demasiado uso de papel, energia, estrutura, deslocamentos e pessoal, ou seja, de recursos que poderiam ser utilizados de outra forma. Do outro lado, o direito empresarial tem interesse nesse programa, em razão do volume de negócios, atos e dinheiro envolvidos; por isso, o uso do meio digital para a formação de contratos e registros apresenta-se *a priori* como um meio rápido, econômico e eficiente para atender a demanda crescente e, ao mesmo tempo, reduzir os custos operacionais.

No entanto, será que esse sistema é seguro e está livre de fraudes cibernéticas? Como o direito societário visualiza e protege essas operações dos riscos jurídicos inerentes a essa atividade comercial. Será que essa digitalização estende-se para outros contratos?

1 Programa Minha Casa Minha Vida

1.1 Introdução

O Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV) foi instituído pela Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, e tinha como principal objetivo propiciar financiamento a baixo custo, por meio de subsídios, à população com renda de até R\$ 4.650,00 para a produção

ou aquisição de novas unidades habitacionais, ou a requalificação de imóveis urbanos, com ênfase nas moradias destinadas às famílias com renda mensal de até 3 salários mínimos.

Essa iniciativa do Governo Federal alcançou expressivo êxito e, após a contratação de 1 milhão de unidades pelo programa, foi instituída a segunda fase do PMCMV pela edição da Medida Provisória nº 514/2010, em que se tinha como objetivo a contratação e entrega de mais de 2 milhões de unidades.

Esse objetivo já foi alcançado, conforme notícia do Blog do Planalto (CAFÉ..., 2014), que informou já terem sido contratados mais de 3 milhões de moradias em todo o país, dos quais 1,4 milhão de casas e apartamentos já foram entregues.

Noutro ponto, além da finalidade social desse programa, ele tem como missão alavancar o Produto Interno Bruto (PIB) do país, haja vista a circulação de riquezas proporcionada pela construção civil.

Nesse sentido, temos a dissertação de Shimizu (2010, p. 55 e 56), que, entre as conclusões do seu trabalho, apontou o seguinte:

Além de levar ao crescimento da economia, essa alocação de recursos do programa levará à redução da desigualdade regional. O índice de Gini da distribuição do PIB per capita regional antes dos investimentos do PMCMV é de 0,282 e estima-se que depois dos investimentos apresente uma redução de 1,4% da desigualdade, com índice de 0,278, *ceteris paribus*.
[...]

A Fundação Getúlio Vargas (2009) realizou um estudo em que o investimento em moradias de R\$ 39,5 bilhões divididos em dois anos levaria ao aumento do PIB de 0,7% em cada ano e à criação de 300 mil empregos na construção civil e outros 229 mil empregos indiretos. Os resultados obtidos neste trabalho são compatíveis com os resultados da FGV, dado as hipóteses adotadas, em particular a menor quantidade de recursos considerada neste trabalho, de R\$ 26 bilhões, e o maior prazo de construção das moradias, de 4 anos.

Desse modo, o PMCMV tem altíssima relevância social e econômica para o país, tendo em vista a sua repercussão junto às famílias de baixa renda e à nova classe média, bem como para a economia e o PIB.

1.2 Legislação

O PMCMV tem a sua previsão legal na Lei nº 11.977, de 2009, que foi modificada pela Medida Provisória nº 514, de 2010, convertida na Lei nº 12.424, de 2011, e regulamentada atualmente pelo Decreto nº 7.499, de 2011.

Esse arcabouço normativo apresenta as disposições legais que regulam as contratações, desde o perfil dos beneficiados, os subsídios aplicados, os impedimentos para obtenção do benefício, os fundos garantidores do programa, os percentuais de redução dos emolumentos para os registo, as custas até as regularizações fundiárias.

Igualmente, há previsão de pontos modificadores do sistema jurídico, como, por exemplo, a instituição do registro eletrônico, conforme artigos 37 a 41 da Lei nº 11.977/2009, *in verbis*:

Art. 37. Os serviços de registros públicos de que trata a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, observados os prazos e condições previstas em regulamento, instituirão sistema de registro eletrônico.

Art. 38. Os documentos eletrônicos apresentados aos serviços de registros públicos ou por eles expedidos deverão atender aos requisitos da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP e à arquitetura e-PING (Padrões de Interoperabilidade de Governo Eletrônico), conforme regulamento.

Parágrafo único. Os serviços de registros públicos disponibilizarão serviços de recepção de títulos e de fornecimento de informações e certidões em meio eletrônico.

Art. 39. Os atos registrais praticados a partir da vigência da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, serão inseridos no sistema de registro eletrônico, no prazo de até 5 (cinco) anos a contar da publicação desta Lei.

Parágrafo único. Os atos praticados e os documentos arquivados anteriormente à vigência da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, deverão ser inseridos no sistema eletrônico.

Art. 40. Serão definidos em regulamento os requisitos quanto a cópias de segurança de documentos e de livros escriturados de forma eletrônica.

Art. 41. A partir da implementação do sistema de registro eletrônico de que trata o art. 37, os serviços de registros públicos disponibilizarão ao Poder Executivo federal, por meio eletrônico e sem ônus, o acesso às informações constantes de seus bancos de dados, conforme regulamento.

Destarte, visualiza-se que a lei trouxe previsão expressa para a instituição do sistema de registro eletrônico de imóveis no Brasil, com data-limite para a sua efetivação até 8 de julho de 2014, fato este que é muito relevante para o país, na medida em que a digitalização dos atos registrais propiciará maior facilidade e celeridade do ingresso das operações no fólio real, contribuindo para a circulação de riquezas no país.

1.3 Contratação

A contratação do financiamento pelo PMCMV pode ser realizada pelo beneficiário final, pela construtora ou pela entidade organizadora, conforme o estágio do empreendimento contratado.

Igualmente, aponta-se que as partes poderão receber subsídios nos juros incidentes sobre a operação, por meio de recursos do Fundo de Arrendamento Residencial (FAR), do Fundo de Desenvolvimento Social (FDS), do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e outros, tendo em vista a finalidade social do programa.

As contratações são formalizadas normalmente por meio de instrumento particular com força de escritura pública, conforme disposições do § 4º do art. 79-A da Lei nº 11.977/2009, art. 38 da Lei nº 9.514/1997 e § 5º do art. 61 da Lei nº 4.380/64.

Diante dos elementos acima expostos, comprehende-se que os contratos dentro do PMCMV assinados na CAIXA possuem atribuição para formalizar operações imobiliárias sem a necessidade de escritura pública. Isso decorre da necessidade de facilitar-se as operações imobiliárias, propiciando a circulação de riquezas e reduzindo-se os custos burocráticos para os beneficiários finais, sem prejudicar a segurança, autenticidade e eficácia dos atos praticados.

1.4 Conclusão do tópico

O PMCMV possui números expressivos e tem participação relevante no PIB do país, haja vista os seus efeitos sobre a economia, consistentes na contratação das unidades, da mão de obra, do material, ou oreflexo disso em outras áreas, contribuindo para o crescimento do Brasil.

Diante disso, impõe-se a necessidade da adoção de mecanismos que propiciem efetividade, celeridade, segurança, autenticidade nessas contratações e no seu registro, no intuito de que as operações possam ocorrer de modo seguro e adequado para todas as partes, seja como beneficiário, como construtora ou como agente financeiro.

2 Da contratação ao registro

2.1 Introdução

A etapa de contratação de um financiamento habitacional e, em especial, do financiamento pelo Programa Minha Casa Minha Vida é um marco na vida de qualquer cidadão, na medida em que representa a aquisição da moradia própria, o que em nosso país é

tratado como uma das prioridades na vida de um cidadão, tanto que o direito à moradia foi elevado a *status constitucional*, conforme art. 6º da Carta Magna.

A formalização do contrato é realizada de diversos modos, conforme a renda do beneficiário e do programa optado, no intuito de garantir-se a isonomia, a descentralização de responsabilidades, a celeridade da operação, porém sem relativização das formalidades intrínsecas que envolvem operações imobiliárias.

Assim, realizar-se-á a abordagem do trâmite de alguns programas para a contratação de empreendimento e com os beneficiários da Faixa I.

2.2 Aquisição por meio de cadastro na prefeitura

A aquisição por esse meio é a mais divulgada na mídia e pelos agentes políticos, tendo em vista a repercussão social existente na construção de moradias pelos entes públicos, contribuindo para a realização do direito constitucional à moradia.

Essa forma de aquisição é direcionada aos beneficiários estabelecidos na Faixa I do programa, ou seja, aqueles em que a família possui rendimentos de até R\$ 1.600,00 por mês.

Nesse caso, o pretendente dirige-se até a prefeitura do local onde está sendo construído o imóvel e inscreve-se no processo de seleção como interessado, após comprovação dos requisitos determinados pelo município. Caso o número de pretendentes seja maior do que o número de unidades, compete à legislação municipal definir os escolhidos, seja por sorteio ou critérios de desempate.

Em seguida, o município encaminhará à CAIXA a relação dos pretendentes selecionados, com a respectiva documentação apresentada e, a partir desse momento, compete a ela analisar a documentação dos requerentes, de acordo com as regras do programa, no intuito de validá-la para a operação.

No entanto, caso algum documento exigido para o programa e/ou para o ingresso do contrato no registro de imóveis não tenha sido apresentado, será de responsabilidade do agente operador (CEF) solicitá-lo, a fim de garantir a higidez das informações para a operação.

Regularizada a situação por ventura pendente, ou já estando a documentação em ordem, o contrato será feito, preferencialmente em nome da mulher, e será registrado na matrícula do imóvel como financiamento com garantia de alienação fiduciária. Assim, caso ocorra inadimplência, o imóvel será retomado, por meio da consolidação da propriedade, e direcionado a outro selecionado do programa.

Pontua-se que a alienação fiduciária não poderá seguir as regras que lhe são próprias, as da Lei nº 9.514/97, tendo em vista a vinculação do imóvel e do FAR a sua finalidade social de moradia, fato este que impede o leilão do imóvel.

Igualmente, aponta-se que a consolidação da propriedade e o seu encaminhamento a outro beneficiário demandarão nova intervenção do Cartório de Registro de Imóveis, tendo em vista o registro já existente, o que exige eficiência do delegatário, no intuito de propiciar dinamismo nessas operações.

2.3 Aquisição por meio de movimentos sociais (entidade organizadora)

A contratação de unidade habitacional, por essa modalidade do programa, ocorre por meio da intervenção de uma entidade sem fins lucrativos que tenha como uma de suas finalidades organizar e apoiar as famílias com renda de até R\$ 1.600,00 para a solução de problemas habitacionais. Nesse caso, compete à Entidade Organizadora (EO) selecionar e indicar as famílias beneficiadas, desde que elas enquadrem-se nos requisitos do programa.

Igualmente, competirá à EO encaminhar à CAIXA a relação dos pretendentes selecionados com a respectiva documentação apresentada e, a partir desse momento, compete à empresa pública analisar a documentação dos requerentes de acordo com as regras do programa, no intuito de validá-la para a operação.

No mais, a operação segue o mesmo rito da aquisição por cadastro da prefeitura.

2.4 Aquisição por meio de financiamento direto

A aquisição da moradia por meio de financiamento direto é o modo ordinário de aquisição dos imóveis, em que o cliente seleciona aquele que mais lhe convém e comparece ao banco solicitando o financiamento habitacional.

Do mesmo modo que nas outras operações, o cliente deverá apresentar o rol de documentos, só que nesse caso diretamente à CAIXA.

Com relação ao registro, o contrato habitacional com força de escritura pública é entregue ao contratante, para que este o leve ao registro de imóveis e apresente-o posteriormente à agência, para liberação do crédito ao vendedor, e, com isso, complete o contrato, a fim de que este surta todos os seus efeitos.

2.5 Conclusão do tópico

Conforme os pontos abordados anteriormente, os contratos firmados dentro do PMCMV pela CAIXA possuem força de escritura pública e podem ser registrados no Registro de Imóveis para que sejam transmitidos, extintos ou modificados direitos reais sobre os imóveis objetos das contratações.

Desse modo, compete à CAIXA em regra receber a documentação dos particulares, da EO, da prefeitura e, após análise, contratar a operação, sendo que o contrato formalizado será encaminhado para o competente registro, seja pela empresa pública ou pelo cliente, conforme o caso.

Assim, percebe-se a intensa circulação de documentos que possuem alto valor econômico e social para o país, tendo em vista os mais de 3 milhões de unidades habitacionais, fato este que necessita do direito empresarial, no intuito de que se contribua com a maior celeridade e segurança para as operações, colaborando para a circulação de riquezas no país.

3 Do direito eletrônico

3.1 Introdução

Com a expansão do acesso à tecnologia pelos cidadãos comuns, fato este iniciado no final do século XX e intensificado no século XXI, a estrutura até então existente de informática e internet foi modificando-se, no intuito de buscar e fidelizar todos esses novos usuários, tanto para o acesso a informações e negócios, quanto para o acesso a relações sociais, contribuindo para o fortalecimento desse canal de tecnologia.

No entanto, o direito não conseguiu acompanhar a destreza do desenvolvimento tecnológico e das novas relações formadas, haja vista a natural morosidade da função legislativa.

Desse modo, novos crimes chamados cibernéticos foram surgiendo, os quais são realizados pelos denominados Crackers, que podem ser definidos, segundo a Wikipédia, como “o indivíduo que pratica a quebra (ou cracking) de um sistema de segurança, de forma ilegal ou sem ética”. A origem desse termo, conforme a mesma fonte, data de 1985, em razão da necessidade de os hackers defenderem-se do “uso jornalístico errôneo do seu termo. O uso deste termo reflete a forte revolta destes contra o roubo e vandalismo praticado pelo cracking”.

Diante disso e de outros fatores, promoveu-se um contra-ataque de inteligência, no intuito de garantir a utilização segura da internet, para que ela pudesse permitir a circulação de riquezas e a

rápida e confiável troca de informações. Os instrumentos utilizados para isso foram o antivírus, a criptografia, os protocolos de segurança e no Brasil, em especial, a infraestrutura de chaves públicas (ICP) e os Padrões de Interoperabilidade de Governo Eletrônico do Brasil (e-PING).

Os e-PING, segundo a Wikipédia,

é o conjunto de premissas, políticas e especificações técnicas que regulamentam a utilização da Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC) no governo federal, estabelecendo as condições de interação com os demais poderes e esferas de governo e com a sociedade em geral.

A escolha por essa arquitetura decorreu da necessidade do Estado brasileiro de formar o seu alicerce para a interoperabilidade e gerenciamento de informações virtuais, além da racionalização dos investimentos na Tecnologia da Informação, sem prejuízo da segurança e privacidade das informações, impulsionando e estimulando a economia nacional.

Já a ICP, conforme o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação,

é uma cadeia hierárquica e de confiança que viabiliza a emissão de certificados digitais para identificação virtual do cidadão. Observa-se que o modelo adotado pelo Brasil foi o de certificação com raiz única, sendo que o ITI, além de desempenhar o papel de Autoridade Certificadora Raiz (AC-Raiz), também tem o papel de credenciar e descredenciar os demais participantes da cadeia, supervisionar e fazer auditoria dos processos.

Esse instrumento, de acordo com a Wikipédia:

permite que informações transitem pela Internet com maior segurança. Igualmente, com a utilização da certificação digital, é possível, por exemplo, evitar que crackers interceptem ou adulterem as comunicações realizadas via Internet. Também é possível saber, com certeza, quem foi o autor de uma transação ou de uma mensagem, ou, ainda, manter dados confidenciais protegidos contra a leitura por pessoas não autorizadas.

Assim, o certificado digital permite que as partes de um negócio jurídico realizado por meio da internet confirmem com segurança as suas identidades e garantam a higidez das informações trocadas, tendo em vista os mecanismos de segurança desse instrumento, o qual evita a interceptação ou adulteração das informações pelos crackers.

Destarte, a presença de toda essa estrutura visa à efetiva segurança e autenticidade das informações dispostas e trocadas pelo meio digital, haja vista a necessidade desses elementos para a realização de operações comerciais e de comunicação seguras, contribuindo para o fomento de negócios.

3.2 Do marco civil da internet

O Projeto de Lei nº 2.126/11, mais conhecido como Marco Civil da Internet, consiste no conjunto de princípios e regras que pretende regulamentar e fundamentar as garantias, os direitos e os deveres para o uso da internet no Brasil.

Esse embrião de constituição da internet no país apresenta como alguns de seus fundamentos a livre-iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor, que se encontram presentes em nossa Carta Magna, e como alguns de seus princípios a proteção e preservação da privacidade e dos dados pessoais na rede, a estabilidade, segurança e funcionalidade dela e a responsabilização dos agentes de acordo com suas atividades.

Igualmente, apresenta um rol de direitos e garantias aos usuários e eleva o acesso à internet ao *status* de serviço essencial, como, por exemplo, o fornecimento de energia e de água.

Por conseguinte, esse projeto, caso convertido em lei, será mais um instrumento, entre todos os existentes, que aumentará a segurança no uso e na troca de informações pelo ambiente virtual, na medida em que permitirá e auxiliará de modo específico a punição na seara cível das condutas indevidas nesse ambiente, além de ajudar o legislador na fundamentação dos futuros tipos penais contra o furto e a adulteração de informações, fortalecendo o sistema como um todo.

3.3 Dos crimes eletrônicos

O crescimento da utilização do ambiente virtual para troca de informações e realização de negócios influenciou a prática de crimes virtuais, na medida em que o furto de informações sigilosas e/ou a realização de outras condutas ilícitas e antiéticas propiciam elevados lucros e baixo risco para os seus executores, relativizando a credibilidade do sistema.

Os crimes eletrônicos são definidos, em regra, pela conduta praticada e pelo benefício pretendido; por isso, o conhecimento deles pelos usuários do sistema é de suma importância. Desse modo, segundo o trabalho organizado pela OAB/SP, destacam-se como cibercrimes:

o *cracking* ou quebra de um sistema de segurança, de forma ilegal e sem ética, por um cracker. O *phishing scam*, técnica que permite que piratas virtuais roubem informações de uma máquina com o objetivo principal de burlar transações financeiras. [...] o pichamento digital – inserção de textos ou figuras de terceiros em sites sem a autorização destes – e a espionagem eletrônica (SANTOS; FRAGA, 2010, p. 31).

Por outro lado, a tipificação dessas condutas criminosas já é objeto de projetos de lei, como o PLC 89/03, que tipifica o acesso de terceiros não autorizados a informações privadas mantidas em redes de computadores; o PLS 76/00, que caracteriza diversas condutas ilícitas no ambiente cibernético; bem como o PLS 137/00, que estabelece nova pena aos crimes cometidos com a utilização de meios de tecnologia de informação e telecomunicações.

Ressalta-se, por oportuno, que a legislação penal brasileira passou por algumas alterações com relação aos crimes eletrônicos, como, por exemplo, no art. 313-B do Código Penal. Porém, a situação somente ganhou ênfase após a publicação de fotos pessoais da atriz brasileira Carolina Dieckmann, o que ocasionou a edição da Lei nº 12.737/12, a qual tipificou a conduta de invasão de dispositivo informático conectado ou não à rede de computadores, além da previsão de qualificadoras e majorantes.

Nesse sentido, as condutas ilícitas consistentes no furto, adulteração e divulgação de informações sigilosas sem a autorização do seu dono, com a utilização ou não da rede de computadores, foram criminalizadas; por isso, não subsiste mais o jargão popular de que a internet é uma terra sem lei.

Portanto, os crimes eletrônicos ou informáticos já se encontram tipificados, haja vista as alterações legislativas ocorridas, reduzindo com isso o sentimento de impunidade e de vulnerabilidade do sistema.

3.4 Conclusão do tópico

O direito eletrônico brasileiro possui e poderá ampliar os meios garantidores da eficácia, autenticidade e segurança nas trocas de informações pela rede de computadores, na medida em que a arquitetura tecnológica para isso já se encontra presente e consolidada, tornando o sistema mais confiável.

Igualmente, as condutas ilícitas no meio informático já estão ou poderão ser criminalizadas, situação que contribui e contribuirá para o fortalecimento e a garantia da credibilidade do sistema, haja vista o temor ocasionado pela criminalização de condutas até então atípicas, colaborando para a redução da criminalidade cibernética.

No mesmo diapasão, o marco civil da internet propiciará o maior controle sobre os provedores, o que auxiliará na retenção de informações sobre a identidade dos usuários, fortalecendo o conjunto probatório contra os cibercriminosos.

Desse modo, constata-se que as informações que tramitam e tramitarão pelos meios digitais estão protegidas, seguras e garantidas pelo sistema até então vigente, tendo em vista toda a estrutura formada, contribuindo para a utilização empresarial da internet.

4 Do contrato habitacional digital e do registro digital no PMCMV aos olhos do direito empresarial e do direito digital

4.1 Introdução

O direito empresarial é amplo e não se restringe apenas à regulação de atividades econômicas organizadas para a produção ou a circulação de bens e serviços, como disposto no art. 966 do Código Civil.

Esse ramo do direito, como bem definido pela Wikipédia, compreende também

o conjunto de normas disciplinadoras da atividade negocial do empresário, e de qualquer pessoa física ou jurídica, destinada a fins de natureza econômica, desde que habitual e dirigida à produção de bens ou serviços conducentes a resultados patrimoniais ou lucrativos, e que a exerce com a racionalidade própria de “empresa”, sendo um ramo especial de direito privado.

Destarte, entende-se que o direito empresarial é formado por um conjunto variado de matérias, as quais irradiam os seus efeitos para os demais ramos jurídicos, no intuito de que eles propiciem os elementos mínimos e auxiliares que garantam a segurança das próprias relações comerciais.

Por isso, o estudo específico de um ponto do direito comercial não pode ser realizado sem a análise do conjunto sistemático de normas vigentes, além da observação das demais que por ventura sejam editadas para a solução de lacunas normativas, independentemente do ramo jurídico, caso exista convergência da sua finalidade com as diversas atividades empresariais.

Nesse sentido, o PMCMV tem relevante contribuição para o direito empresarial, na medida em que contribui diretamente para a circulação de riquezas no país, ao fomentar a construção e a comercialização de unidades habitacionais, além de alterar o direito registral e estimular o desenvolvimento e a utilização dos meios tecnológicos, favorecendo o desenvolvimento do país como um todo.

4.2 Do contrato digital no PMCMV

A Lei nº 11.977/09, regulamentada atualmente pelo Decreto nº 7.499/11, previu, a partir do seu art. 37 e seguintes, a utilização de documentos eletrônicos para a formalização dos contratos habitacionais envolvendo o PMCMV, além de determinar aos serviços de registro de imóveis a digitalização do seu acervo e a adoção do sistema eletrônico para a recepção, registro e fornecimento de informações e certidões, *in verbis*:

Art. 37. Os serviços de registros públicos de que trata a Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973, observados os prazos e condições previstas em regulamento, instituirão sistema de registro eletrônico.

Art. 38. Os documentos eletrônicos apresentados aos serviços de registros públicos ou por eles expedidos deverão atender aos requisitos da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP e à arquitetura e-PING (Padrões de Interoperabilidade de Governo Eletrônico), conforme regulamento.

Parágrafo único. Os serviços de registros públicos disponibilizarão serviços de recepção de títulos e de fornecimento de informações e certidões em meio eletrônico (grifos nossos).

Por conseguinte, a validade e a eficácia do contrato digital, com força de escritura pública, foram autorizadas pela lei, permitindo-se que os contratos de imóveis dentro do PMCMV sejam realizados por meio digital, independentemente das partes envolvidas, ou seja, podendo-se abranger os beneficiários finais e as construtoras.

A conveniência desse tipo de operação no âmbito imobiliário registral não encontra precedentes na estrutura jurídico-formal brasileira, tendo em vista as solemnes ordinariamente exigidas pela lei para que os contratos ou escrituras públicas ingressem no folio real.

Desse modo, as operações comerciais imobiliárias, dentro do PMCMV, serão beneficiadas pelo dinamismo e desburocratização do novo sistema, sem a redução ou minimização da segurança e solemnes exigidas para os negócios que envolvam imóveis, fortalecendo a circulação de riquezas.

Noutro ponto, a arquitetura digital para essas operações já está solidificada no país, em razão dos padrões e-PING, da Infraestrutura de Chaves Públicas e de outros elementos existentes de segurança eletrônica, que garantem a segura identificação das partes envolvidas no ambiente digital e a integridade das informações trocadas.

Todavia, poder-se-ia alegar que o risco da interceptação e violação de dados transmitidos e armazenados no ambiente virtual pelos crackers não compensaria o ganho efetivo com a nova ferramenta de negócios, na medida em que as operações poderiam ser alteradas e, por consequência, causar enormes prejuízos financeiros, inclusive para a instituição financeira e os oficiais de registro de imóveis.

Ocorre, porém, que as mencionadas condutas já estão tipificadas no Código Penal, conforme se depreende do art. 154-A e parágrafos e art. 313-A e 313-B, *in verbis*:

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

[...]

Art. 313-A. Inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Art. 313-B. Modificar ou alterar, o funcionário, sistema de informações ou programa de informática sem autorização ou solicitação de autoridade competente:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa.

No mesmo sentido, as condutas ilícitas também se amoldam aos tipos penais ordinários, em especial os crimes contra a fé pública; consequentemente, pode-se considerar que o bem jurídico consistente na fé pública das operações digitais já está resguardado penalmente.

Ademais, a arquitetura digital existente no país e os outros mecanismos de proteção eletrônica, como já argumentado, garantem a higidez das informações trocadas pela rede de computadores, minimizando a exposição aos riscos cibernéticos.

Diante dos elementos expostos, conclui-se que o contrato digital, nas operações do PMCMV, é uma realidade jurídica que está lastreada por toda a arquitetura digital de segurança em operação no país, propiciando-lhe elementos fáticos e materiais para a sua segura utilização.

4.2.1 Do registro digital e a iniciativa do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

A realização dos contratos digitais e a sua recepção e registro no ambiente, igualmente virtual, são uma realidade procedural a ser buscada e concretizada pelos operadores do sistema, no intuito de concretizar o disposto na legislação.

Assim, o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por meio da sua Corregedoria, dentro das suas competências, alterou as Normas de Serviço da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, inserindo a regulamentação para recebimento e registro dos documentos eletrônicos, conforme o provimento CG nº 11/2013.

A norma regulamentou para as Serventias Registras de Imóveis do Estado de São Paulo o recebimento dos contratos digitais com força de escritura pública, bem como a recepção por extrato das informações contidas neles, garantindo-se a boa-fé e a credibilidade nas operações digitais, *in verbis*:

104.3. Poderão os Oficiais de Registro de Imóveis receber, para fins do procedimento registral, dos agentes financeiros autorizados pelo Banco Central do Brasil a funcionar no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação (SFH) e do Sistema Financeiro Imobiliário (SFI), e das companhias de habitação integrantes da administração pública, Extrato de Instrumento Particular com Efeitos de Escritura Pública (Extrato), desde que apresentado sob a forma de documento eletrônico estruturado em XML (eXtensible Markup Language), em conformidade com modelos definidos por Portaria da Corregedoria-Geral da Justiça.

104.3.1. O Extrato, para que possa ser recepcionado, deverá estar assinado pelo representante legal do emissor e conter declaração de que os dados correspondem ao instrumento particular com efeitos de escritura pública que se encontra em seu arquivo.

104.3.2. Para fins de apresentação eletrônica aos serviços de registro de imóveis e respectivo procedimento registral, o Extrato substitui o contrato.

104.4. A descrição, no Extrato, dos impostos pagos pela transmissão imobiliária, com indicação de valor e da data do recolhimento, dispensa a anexação do comprovante.

104.4.1. Os documentos que acompanhem o Extrato, e o comprovante de recolhimento do imposto, caso tenha havido menção genérica, deverão ser apresentados em documento eletrônico nativo. Caso sejam digitalizados, deverá ser observado o formato PDF/A, com certificado digital.

104.5. Será considerada regular a representação, dispensada a exibição dos documentos e conferência pelo

Oficial do Registro de Imóveis, quando houver expressa menção no Extrato: a) à data, livro, folha e cartório em que foi lavrada a procuração; b) ao tipo de ato constitutivo e seu número de registro na Junta Comercial do Estado ou outro órgão de registro da entidade, quando se tratar de pessoa jurídica.

104.6. Será dispensada a apresentação da escritura de pacto antenupcial, desde que o regime de bens e os dados de seu registro sejam indicados no *Extrato*.

104.7. Adotadas as cautelas e formato do Extrato, poderá ser recepcionado *Extrato de Cédula de Crédito* (ECC), com a indicação de seus favorecidos, aditivos e endossos.

Por consequência, visualiza-se que o sistema registral do Estado de São Paulo está apto e preparado para recebimento, troca, registro e envio de informações pela rede de computadores, permitindo-se a imediata utilização desses serviços.

Igualmente, de outro lado, a CEF, como principal agente operador do Sistema Financeiro de Habitação e, em especial, do PMCMV, é agente certificador digital, o que lhe garante os elementos necessários para a aplicação desse procedimento aos seus produtos; por isso, ela tem a obrigação de utilizar todo esse aparato nas suas operações, para que ela possa atender a um dos seus princípios fundamentais, o da eficiência, conforme o *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

Ademais, a efetiva utilização dessa plataforma virtual no Estado de São Paulo contribuirá para que a base normativa vigente nessa Unidade da Federação seja utilizada como referência pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), para a edição de provimento contemplando esse assunto, além de subsidiar a edição de decreto regulamentando a mesma questão pela Presidência da República, haja vista a omissão desse assunto no Decreto nº 7.499/11.

Nesse sentido, compete à CEF, em razão das suas qualificações e deveres já mencionados, por meio das suas unidades jurídicas garantir junto aos órgãos e poderes competentes a rápida e efetiva implementação do sistema e práticas abordadas, tendo em vista o interesse público e social envolvido, além do próprio interesse empresarial.

4.3 Da extensão dos benefícios dos contratos e registros digitais ao direito empresarial digital

A utilização dos contratos digitais com força de escritura pública e do seu registro, por transmissão de dados no ambiente virtual, terá forte contribuição para o direito empresarial, na medida

em que fortalecerá o sistema eletrônico na troca de informações, valorizando a celeridade das operações.

Nesse sentido, ressalta-se que o direito empresarial tem por finalidade propiciar elementos materiais e imateriais que contribuam direta ou indiretamente para a circulação de riquezas de maneira segura e rápida, porquanto, por sua natureza, as formalidades e solenidades em excesso devem ser mitigadas, no intuito de facilitar a realização de negócios, com base no princípio da boa-fé, a fim de que formas e solenidades não sejam um fim em si mesmas.

Essa natureza é apresentada de modo prático nos títulos de créditos, em que, *a priori*, não há necessidade da utilização de papel específico e da inserção de informações desnecessárias no documento, bastando, por exemplo, o simples lançamento da assinatura no título para a formalização do endosso.

Por isso, a criação do contrato particular digital propicia a utilização, seja por analogia ou por edição de outras normas, da estrutura digital existente, para que as diversas operações particulares gozem de plena validade jurídica e irradiem seus efeitos em todo o sistema.

Destarte, percebe-se, por exemplo, que os contratos ou títulos de créditos com garantia fiduciária sobre imóvel já podem ser realizados, transmitidos e recepcionados por meio digital, tendo em vista a inexigibilidade da escritura pública para isso, o que facilita as contratações e contribui para a tão almejada desburocratização do sistema sem a fragilização da segurança.

Portanto, aos olhos do direito empresarial digital, a Lei do PMCMV permitiu a melhoria da infraestrutura empresarial eletrônica, com base na revolução digital e no princípio da boa-fé, sem mitigação da segurança jurídica nas operações.

4.4 Conclusão do tópico

A utilização do meio digital para formalização de contratos, operações imobiliárias, contratação de crédito e instituições de garantias já não é uma expectativa, mas sim realidade, haja vista a implementação normativa pátria para isso, auxiliando a circulação de bens, direitos, riquezas.

Desse modo, conclui-se que a existência do direito empresarial digital no Brasil é uma realidade, a qual merece ser utilizada, tendo em vista que os seus efeitos transcendem a relação de consumo, ao propiciar segurança noutras operações, contribuindo para a geração e circulação de riquezas em nosso país.

Conclusão

O direito empresarial é um dos ramos jurídicos mais dinâmicos, na medida em que estuda, protege e contribui para a circulação de riquezas ao criar e apresentar meios para a segurança dessas operações, possibilitando o efetivo desenvolvimento econômico e social das nações.

Já o Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV) é uma política de Estado, que tem como objetivo estimular e desenvolver a construção civil e o mercado imobiliário, principalmente para famílias de baixa renda, garantido com isso a implementação do direito constitucional à moradia.

Apesar dessas diferenças estruturais, o direito empresarial e o PMCMV estão intrinsecamente ligados, tendo em vista a vultosa movimentação de recursos gerada pelo programa, todas as suas repercussões na economia nacional e o ato de formalização da contratação.

Neste trabalho, abordou-se a criação, pela Lei do PMCMV, do registro imobiliário digital e da autorização, por interpretação analógica, do contrato digital com força de escritura pública, com as suas repercussões para o direito empresarial, além de outras questões como a segurança dessas operações.

Isso não poderia ser realizado sem o conhecimento das modificações introduzidas pelo direito penal eletrônico e pela arquitetura digital vigente no país; por isso, apontaram-se as inovações mais relevantes nessas áreas.

O PMCMV, como já abordado, é relevante para a sociedade, para a economia brasileira, para o mercado de trabalho e para o PIB, na medida em que, segundo o estudo da Fundação Getulio Vargas (FGV) apresentado por Shimizu (2010) e comparado com as suas conclusões, o investimento em moradias levaria ao aumento de 0,7% do PIB a cada ano e à criação de 300 mil empregos na construção civil e de outros 229 mil indiretos.

Noutro ponto, a Lei nº 11.977/09, que institui o programa, tratou de diversos temas, em especial, do registro público eletrônico e dos documentos públicos eletrônicos expedidos e recebidos pelos serviços de registros imobiliários, possibilitando a alteração da infraestrutura de circulação dos contratos, principalmente daqueles que necessitam ingressar no fólio real para completar a sua formação.

Essa inovação não surgiu por acaso, mas decorreu da intensa necessidade de racionalização da troca de informações pela rede de computadores no Brasil e garantia da segurança, integridade, confidencialidade e autenticidade dos documentos transmitidos e recepcionados por esse meio.

Assim, com a implementação da arquitetura digital no Brasil, denominada de e-PING, e da Infraestrutura de Chaves Públicas (ICP), propiciaram-se os elementos eletrônicos de segurança que garantem a higidez das informações.

Por outro lado, a legislação foi e está adequando-se à realidade digital na área penal, processual e empresarial e na própria regulação da internet. No que se refere às disposições penais, aportaram-se os projetos de lei que, se aprovados, tipificarão diversas condutas classificadas atualmente como crimes cibernéticos, assim como abordaram-se as condutas já criminalizadas, como nos artigos 313-A e 313-B do Código Penal.

Ademais, também foi apresentada a Lei nº 12.737/12, conhecida como Lei Carolina Dieckmann, a qual tipificou a conduta de invasão de dispositivo informático, conectado ou não à rede de computadores.

Desse modo, constatou-se a existência fática e legal da infraestrutura eletrônica para o compartilhamento de contratos e informações de natureza econômica ligadas à atividade empresarial, com o mínimo de segurança exigível para isso e com a tipificação penal das condutas ilícitas e imorais que violarem as operações concretizadas por meio dessa estrutura.

Por isso, o registro digital imobiliário, cuja existência foi determinada pela Lei do PMCMV, já possui arquitetura eletrônica para a sua utilização. Nesse sentido, a Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo editou o provimento CG nº 11/2013, o qual regulamentou o recebimento, o registro e a troca de documentos pela infraestrutura digital nos serviços de registro imobiliário do Estado de São Paulo.

Diante disso, a Caixa Econômica Federal, como empresa pública, instituição financeira, agente efetivo do PMCMV e maior parceiro das políticas sociais governamentais, tem por obrigação a utilização dessa estrutura digital para as suas contratações, para que seja observado o princípio da eficiência da Administração Pública.

Por conseguinte, com a criação e uso desse mecanismo digital, as atividades empresárias, como a emissão de cédula de crédito rural ou industrial, o penhor rural, a transferência de imóvel a sociedade na integralização de capital social, a alienação fiduciária, também serão beneficiadas, haja vista a existência de segurança jurídica para a recepção, registro e devolução desses documentos.

Portanto, a criação do registro digital e da autorização para utilização dos documentos eletrônicos pelo PMCMV foi uma revolução na infraestrutura jurídica brasileira, na medida em que permitiu e fortaleceu a realização de operações imobiliárias, além de irradiar efeitos sobre outras operações imobiliárias, garantindo

destaque ao direito empresarial digital e contribuindo para a efetiva circulação de riquezas e desenvolvimento social do país.

Referências

- CADASTRO na prefeitura. CAIXA, 2014. Disponível em: <http://www.caixa.gov.br/novo_habitacao/minha_casa/compra/mcmv/habitacao_urbana/fam_renda_1.600.00/prefeitura/index.asp>. Acesso em: 15 jan. 2014.*
- CAFÉ com a Presidenta: Minha Casa Minha Vida já contratou mais de 2 milhões de moradias. Blog do Planalto, 2014. Disponível em: <<http://blog.planalto.gov.br/cafe-com-a-presidenta-minha-casa-minha-vida-ja-contratou-mais-de-2-milhoes-de-moradias/>>. Acesso em: 9 jan. 2014.*
- CARTA de crédito CAIXA FGTS – Individual, CAIXA, 2014. Disponível em: <http://www.caixa.gov.br/habitacao/aquisicao_residencial/novo/carta_cred_fgts/hab_res_aq_nv_fgtind_det.asp>. Acesso em: 20 jan. 2014.*
- CONSTRUÇÃO civil. CAIXA, 2014. Disponível em: <http://www.caixa.gov.br/novo_habitacao/minha_casa/compra/mcmv/habitacao_urbana/pod_pub_cons_civil_mov_soc/cons_civil/index.asp>. Acesso em: 13 jan. 2014.*
- CRACKER. WIKIPÉDIA, 2014. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Cracker>>. Acesso em: 24 jan. 2014.*
- DECRETO nº 7.499, de 16 de junho de 2011. Planalto, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7499.htm#art30>. Acesso em: 9 jan. 2014.*
- DIREITO comercial. Wikipédia, 2014. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Direito_comercial>. Acesso em: 25 jan. 2014.*
- E-PING. Wikipédia, 2014. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/E-PING>>. Acesso em: 24 jan. 2014.*
- INFRAESTRUTURA de Chaves Públícas. Wikipédia, 2014. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Infraestrutura_de_Chaves_P%C3%CBblicas>. Acesso em: 24 jan. 2014.*
- INSTITUTO Nacional de Tecnologia da Informação. Governo Federal, 2014. Disponível em: <<http://www.iti.gov.br/icp-brasil>>. Acesso em: 24 jan. 2014.*
- LEI nº 11.977, de 7 de julho de 2009. Planalto, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm>. Acesso em: 9 jan. 2014.*
- MANUAL do Programa Minha casa Minha vida – Entidades. CAIXA, 2014. Disponível em: <http://downloads.caixa.gov.br/arquivos/habita/mcmv/MANUAL_MCMV_ENTIDADES.zip>. Acesso em: 15 jan. 2014.*
- MARCO civil da internet. Câmara, 2014. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra?codteor=912989&filename=PL+2126/2011>. Acesso em: 24 jan. 2014.*
- MINHA casa minha vida. CAIXA, 2014. Disponível em: <<http://mcmv.caixa.gov.br/mais-3-691-unidades-habitionais-sao-entregues-pelo-mi>>.*

nha-casa-minha-vida/>. Acesso em: 13 jan. 2014.

MINHA casa minha vida. CAIXA, 2014. Disponível em: <mais-de-700-unidades-foram-entregues-pelo-minha-casa-minha-vida-na-ultima-semana>. Acesso em: 13 jan. 2014.

MINHA casa, minha vida. Wikipédia, 2014. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Minha_Casa_Minha_Vida>. Acesso em: 9 jan. 2014.

PADRÕES de Interoperabilidade de Governo Eletrônico. Ministério do Planejamento, 2014. Disponível em: <<http://www.governoeletronico.gov.br/acoes-e-projetos/e-ping-padroes-de-interoperabilidade>>. Acesso em: 24 jan. 2014.

PLC – Projeto de Lei da Câmara n° 89 de 2003. Senado, 2014. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=63967>. Acesso em: 24 jan. 2014.

PLS – Projeto de Lei do Senado n° 137 de 2000. Senado, 2014. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=44045>. Acesso em: 24 jan. 2014.

PLS – Projeto de Lei do Senado n° 76 de 2000. Senado, 2014. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=43555>. Acesso em: 24 jan. 2014.

PROGRAMA minha casa minha vida. CAIXA, 2014. Disponível em: <http://www1.caixa.gov.br/gov/gov_social/municipal/programas_habitacao/pmcvm/saibaMais.asp>. Acesso em: 9 jan. 2014.

*SANTOS, Coriolano Aurélio de Almeida Camargo; FRAGA, Evelyn Schots. **As múltiplas faces dos Crimes Eletrônicos e dos Fenômenos Tecnológicos e seus reflexos no universo jurídico.** 2ª ed. São Paulo: OABSP, 2010. Disponível em: <<http://www.oabsp.org.br/comissoes2010/direito-eletronico-crimes-alta-tecnologia/livro-sobre-crimes-eletronicos/Livro2Edicao.pdf/download>>. Acesso em: 23 jan. 2014.*

*SHIMIZU, Júlio Yukio. **Projeção de impactos econômicos do Programa Minha Casa, Minha Vida: Uma abordagem de Equilíbrio Geral Computável.** Dissertação (Mestrado em Economia) – Centro de Desenvolvimento e Planejamento Regional da Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010. Disponível em: <http://web.cedeplar.ufmg.br/cedeplar/site/economia/dissertacoes/2010/Julio_Yukio_Shimizu.pdf>. Acesso em: 9 jan. 2014.*

O procedimento de suscitação de dúvida no Registro de Imóveis

Luciana Buksztejn Gomes

*Advogada no Rio Grande do Sul
Especialista em Direito Imobiliário, Notarial e Registral*

RESUMO

O procedimento de suscitação de dúvida vem regulamentado no artigo 198 da Lei 6.015/73. Permite ao apresentante do título levado a registro perante o Registro de Imóveis que, mediante a negativa de registro por parte daquele Ofício, requeira o encaminhamento do assunto ao juízo competente, para que este verifique se é procedente ou não intencionado o registro. A lei disciplina em poucos artigos a matéria, de forma que o entendimento doutrinário se faz necessário ao profissional que pretenda utilizar-se do instituto. A doutrina e a jurisprudência vêm diferenciando, em certa medida, o procedimento de dúvida direta e de dúvida inversa, assunto que será abordado neste estudo.

Palavras-chave: Oposição. Suscitação de dúvida. Registro de Imóveis.

ABSTRACT

The procedure for resuscitation of doubt comes regulated by article 198 of Law 6.015/73. Allows the presenter of the title led to registration with the Register of Deeds which, by the denial of registration by that Office, requires referral of the matter to the competent court to make sure that this proceeding or unintended record. A few articles in law discipline matter, so the doctrinal understanding is necessary to the professional who wishes to be employed at the institute. The doctrine and jurisprudence have differing to some extent, the procedure of doubt direct and inverse doubt, an issue that will be addressed in this study.

Keywords: Opposition. Resuscitation of doubt. Property Registry.

Introdução

Nosso ordenamento jurídico determina que os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos

referidos títulos (artigo 1.227 do Código Civil). Portanto, para a constituição ou transmissão de direitos reais, o documento hábil à transferência desse direito (tal qual a escritura pública, ou o formal de partilha, por exemplo) deve ser levado a registro no Registro de Imóveis.

Pode acontecer de o título ser apresentado na circunscrição do Ofício Imobiliário competente, mas entender o registrador faltar-lhe algum requisito, de forma que o registro fica inviabilizado.

Nesse caso, será redigida uma Nota de Devolução, ou Impugnação, informando ao apresentante os motivos pelos quais o título não pôde ser registrado. O apresentante terá algumas opções: 1) se estiver de acordo com as exigências feitas pelo registrador, complementará a documentação e aguardará o registro; 2) se não estiver de acordo com as exigências feitas pelo registrador, poderá requerer que este suscite a dúvida, de forma que toda a documentação acostada até o momento seja encaminhada ao juízo competente; 3) retirar o documento da serventia e desistir do registro.

Optando pelo caminho delineado no item 2, isto é, não estando de acordo com as exigências feitas pelo registrador, requererá a dúvida. Esta poderá ser procedente ou improcedente – nomenclatura que por vezes gera uma certa confusão. Quem propõe a suscitação de dúvida, em regra, é o oficial registrador. Portanto, se a dúvida for procedente, significa que ele tem razão, e o registro não deve ser realizado. Do contrário, se a dúvida for improcedente, o apresentante tem razão e o registro deve ser realizado.

O presente artigo está dividido em duas partes: a primeira está relacionada ao procedimento de dúvida propriamente, com fundamentação doutrinária e legislativa, e a segunda apresenta alguns julgados pertinentes ao tema.

1 O procedimento de suscitação de dúvida

O procedimento de suscitação de dúvida vem regulamentado basicamente no art. 198 e seguintes da Lei dos Registros Públicos (Lei 6.015/73). Dispõe mencionado artigo:

Havendo exigência a ser satisfeita, o oficial indicá-la-á [sic] por escrito. Não se conformando o apresentante com a exigência do oficial, ou não a podendo satisfazer, será o título, a seu requerimento e com a declaração de dúvida, remetido ao juízo competente para dirimí-la [sic], obedecendo-se ao seguinte:

- I - no Protocolo, anotará o oficial, à margem da prenotação, a ocorrência da dúvida;
- II - após certificar, no título, a prenotação e a suscitação da dúvida, rubricará o oficial todas as suas folhas;

III - em seguida, o oficial dará ciência dos termos da dúvida ao apresentante, fornecendo-lhe cópia da suscitação e notificando-o para impugná-la, perante o juízo competente, no prazo de 15 (quinze) dias;

IV - certificado o cumprimento do disposto no item anterior, remeter-se-ão ao juízo competente, mediante carga, as razões da dúvida, acompanhadas do título.

A dúvida é um pedido de natureza administrativa formulado pelo oficial a requerimento do apresentante do título imobiliário, para que o juiz competente decida acerca da registrabilidade ou não do título. É procedimento de jurisdição voluntária, isto é, como a administração pública de interesses privados (CENEVIVA, 2009, p. 455).

Como bem leciona Osvaldo Caron (*apud* Balbino Filho, 2012, p. 155), “a dúvida, nos Registros Públicos, não tem o significado de incerteza, vacilação, hesitação da inteligência entre a afirmativa e a negativa de um fato, ou de um asserto, como verdadeiro”. Disso podemos extrair duas observações. A primeira é que a terminologia dúvida não expressa o sentido de incerteza do oficial. Na maioria das vezes, ele tem a convicção de que o título que lhe foi apresentado não pode ser registrado, mas a parte, inconformada, requer a intervenção judicial. A segunda aponta que o procedimento de dúvida não fica restrito ao âmbito do Registro de Imóveis, de acordo com os artigos 296 da Lei 6.015/73 e 18 da Lei 9.492/97. Esses dispositivos determinam que a dúvida também é cabível, além do Registro de Imóveis, no Registro de Títulos e Documentos, Registro Civil de Pessoas Jurídicas, Registro Civil de Pessoas Naturais e Tabelionato de Protestos.¹

Vale recordar que o artigo 221 da Lei 6.015/73 apresenta quais os títulos admitidos a registro no Registro de Imóveis, quais sejam: I - escrituras públicas, inclusive as lavradas em consulados brasileiros; II - escritos particulares autorizados em lei, assinados pelas partes e testemunhas, com as firmas reconhecidas, dispensado o reconhecimento quando se tratar de atos praticados por entidades vinculadas ao Sistema Financeiro de Habitação; III - atos autênticos de países estrangeiros, com força de instrumento público, legalizados e traduzidos na forma da lei e registrados no cartório do Registro de Títulos e Documentos, assim como sentenças proferidas por tribunais estrangeiros após homologação pelo Supremo Tribunal Federal; IV - cartas de sentença, formais de partilha, certidões e man-

¹ Lei 6.015/73, art. 296: “Aplicam-se aos registros referidos no art. 1º, § 1º, incisos I, II e III, desta Lei, as disposições relativas ao processo de dúvida no registro de imóveis”. Lei 9.492/97, art. 18: “As dúvidas do Tabelião de Protesto serão resolvidas pelo Juízo competente”.

dados extraídos de autos de processo; V - contratos ou termos administrativos, assinados com a União, os Estados, os Municípios ou o Distrito Federal, no âmbito de programas de regularização fundiária e de programas habitacionais de interesse social, dispensado o reconhecimento de firma.

O caput do artigo 198 da referida lei menciona “apresentante”. Expliquemos: a pessoa que leva o título ao Registro de Imóveis é o apresentante, que poderá ser o motoboy da empresa, por exemplo. Portanto, não exige a lei que a pessoa qualificada no título tenha que ir pessoalmente protocolá-lo. Disso podemos distinguir dois conceitos: o de apresentante e o de pessoa qualificada. Pode surgir um questionamento: e se o apresentante (lembremos o exemplo do motoboy) levar uma escritura de compra e venda e esta for devolvida sem registro, por lhe faltar algum requisito, teria ele legitimidade para requerer ao oficial que este suscitasse a dúvida?

A doutrina aponta que o apresentante pode requerer a dúvida, conforme interpretação literal do caput do artigo 198, mas não poderá contestá-la nem recorrer da decisão. Apenas a pessoa qualificada, que pretende titular um direito real – o que se verifica da análise da matrícula ou do título que pretende ingressar na matrícula –, é quem poderá contestar e recorrer. Em suma, a pessoa qualificada seria aquela que espera ver um direito seu constituído, declarado, modificado ou extinto.

Paiva (2011, p. 50) explica que essa atividade do registrador de análise do título que lhe é apresentado tem por fundamento o princípio da qualificação, isto é: “Tendo ocorrido a provocação do registro e a protocolização do título, o Registrador irá proceder a sua conferência, a fim de analisar se o mesmo obedece a todas as formalidades legais para realizar o ato registral”. Disso decorrem dois efeitos: a qualificação poderá ser positiva, sendo realizado referido registro, ou negativa, sendo entregue uma nota de exigências ao apresentante do título.

Assim, havendo exigência a ser satisfeita, o oficial indica-la-á por escrito. A doutrina aponta que “exigência é ato administrativo praticado pelo titular do cartório, ou, na forma da lei, por funcionário sob suas ordens, enunciando ao interessado causas impeditivas do registro pretendido” (CENEVIVA, 2009, p. 457). Essas exigências deverão ter fundamentação legal, ser razoáveis, escritas da forma mais clara possível e exaustivas, de forma a evitar exigências fragmentadas.

O pedido de dúvida, formulado pelo apresentante, poderá ser feito por escrito ou verbalmente após a prenotação no Protocolo. Costuma-se optar pela orientação do requerimento por escrito

para formalizar a data de solicitação do procedimento, como veremos mais adiante.

Recordemos que o título ao ingressar no Registro de Imóveis é prenotado no livro Protocolo, salvo “os títulos apresentados apenas para exame e cálculo dos respectivos emolumentos”.² Portanto, o título será prenotado e encaminhado para conferência de seus requisitos de registrabilidade. Estando de acordo, será registrado, sendo que a eficácia desse registro contará a partir da data da prenotação, isto é, de quando foi protocolado na serventia. É o que nos ensina o artigo 1.246 do Código Civil: “O registro é eficaz desde o momento em que se apresentar o título ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo”.

O artigo 205 da Lei 6.015/73 apresenta a regra geral segundo a qual: “Cessarão automaticamente os efeitos da prenotação se, decorridos 30 dias do seu lançamento no Protocolo, o título não tiver sido registrado por omissão do interessado em atender às exigências legais”. Ou seja, passados 30 dias da prenotação, se a exigênciaposta não tiver sido satisfeita, o título perderá a prioridade.³

No procedimento de suscitação de dúvida existe uma exceção quanto à cessação dos efeitos da prenotação. Acontece que, com a dúvida proposta, a prenotação é mantida; enquanto estiver sendo analisada pelo juiz a questão, o título não perderá a prioridade, tampouco seu número de ordem. A lei assim determinou. Pensemos em um caso para clarear a importância na manutenção dos efeitos da prenotação.

Imaginemos uma pessoa jurídica na figura de incorporadora imobiliária que protocola no Registro de Imóveis a escritura pública de compra e venda sobre o terreno concomitante aos demais documentos exigidos pela Lei 4.591/64. Seu objetivo é o registro da incorporação, no entanto não havia registrado ainda o título aquisitivo (a escritura de compra e venda). Suponhamos que a documentação não estivesse completa e o Registro de Imóveis tenha elaborado uma impugnação com diversas exigências. A incorporadora teria 30 dias para sanar as exigências, correto? Do contrário, perderia o número de ordem e o protocolo “cairia”.

Se a parte não aceita as exigências e solicita ao registrador que suscite a dúvida (claro, desde que haja fundamentação legal), a prenotação será mantida, de forma que qualquer título contraditório apresentado depois terá que aguardar a resolução da dúvida.

² Nos termos do parágrafo único do artigo 12 da Lei 6.015/73.

³ Nesse sentido, o artigo 186 da Lei 6.015/73 determina: “O número de ordem determinará a prioridade do título, e esta a preferência dos direitos reais, ainda que apresentados [sic] pela mesma pessoa mais de um título simultaneamente”.

Quanto às etapas, ou procedimento propriamente dito, temos que 1) no Protocolo, anotará o oficial, à margem da prenotação, a ocorrência da dúvida; 2) após certificar, no título, a prenotação e a suscitação da dúvida, rubricará o oficial todas as suas folhas; 3) em seguida, o oficial dará ciência dos termos da dúvida ao apresentante, fornecendo-lhe cópia da suscitação e notificando-o para impugná-la, perante o juízo competente, no prazo de 15 dias; 4) certificado o cumprimento do disposto no item anterior, remeter-se-ão ao juízo competente, mediante carga, as razões da dúvida, acompanhadas do título.

Em juízo, aguarda-se a impugnação do interessado no prazo de 15 dias. Impugnando ou não, as razões serão encaminhadas ao juiz para julgamento.⁴ Impugnada a dúvida, será ouvido o Ministério Público, nos termos do artigo 200 da Lei 6.015/73.

Prossegue a Lei 6.015/73, no artigo 202, estabelecendo: "Da sentença, poderão interpor apelação, com os efeitos devolutivo e suspensivo, o interessado, o Ministério Público e o terceiro prejudicado". A pergunta que fica é: por que o registrador não pode recorrer?

Foi dito que o registrador, embora tenha a convicção acerca da não registrabilidade de determinado título, apresenta as exigências, que poderão ser acolhidas ou não pelo apresentante do título. Não sendo acolhidas, será solicitado que encaminhe o procedimento de dúvida. Este poderá ser procedente ou improcedente. Sendo improcedente (isto é, devendo o título ser registrado), por que o registrador não poderia recorrer, já que tem a certeza de seu posicionamento?

Explica Ceneviva (2009) que o motivo pelo qual o registrador não pode recorrer é o mesmo pelo qual não paga custas: ele pratica atos de ofício, não tendo interesse juridicamente protegido. Justifica da seguinte forma:

O oficial não deve custas - O oficial não as deve, em qualquer caso, pois pratica atos de ofício, sem ter interesse juridicamente protegido na decisão proferida. Os arts. 198 a 207 impõem comportamento seqüencial ao delegado de registro, enquanto agente público, cumprindo dever funcional explicitado nesses dispositivos. É razão substancial a do adimplemento de sua obrigação, para não ser submetido às custas (CENEVIVA, 2009, p. 478).

⁴ *Nesse sentido, o artigo 199 da Lei 6.015/73 determina: "Se o interessado não impugnar a dúvida no prazo referido no item III do artigo anterior, será ela, ainda assim, julgada por sentença".*

A lei não determina e a doutrina é escassa ao apontar o prazo que teria o registrador para apresentar as suas exigências. Nos parece que o autor que melhor responde a essa questão é, novamente, Ceneviva (2009), que entende que cinco dias seria um prazo razoável ao registrador para apresentação das exigências. Mas a contar do quê? De sua análise. Lembremos que para análise o Registro de Imóveis tem 15 dias.⁵ E no artigo 188 da Lei 6.015/73 temos: “Protocolizado o título, proceder-se-á ao registro, dentro do prazo de 30 dias, salvo nos casos previstos nos artigos seguintes”.

O juiz competente será o que a lei estadual de organização judiciária determinar. No Rio Grande do Sul, será o Juiz de Direito Diretor do Foro para as comarcas do interior e o Juiz de Direito da Vara dos Registros Públicos para a comarca da capital, nos termos do artigo 39 da Consolidação Normativa Notarial e Registral do Rio Grande do Sul.

Tudo o que foi referido até o momento diz respeito ao procedimento de dúvida direta: o registrador redige suas exigências, e a parte, inconformada, requer a ele que suscite a dúvida perante o juízo competente.

Embora não tratado em lei, existe também o que se chama de dúvida inversa. Para Ceneviva (2009), tal procedimento seria vedado pela lei, mas esse não é o entendimento de Paiva (2011). De uma forma geral, a doutrina não vê com bons olhos esse procedimento, pois entende que haveria uma distorção do instituto. Apesar disso, em diversos julgados relacionados ao procedimento de dúvida, não foi fator decisivo o fato de ser a dúvida direta ou inversa (como veremos na segunda parte deste estudo).

Paiva (2011, p. 84), ao abordar o tema, o conceitua da seguinte forma:

A Lei 6015/73 não prevê a chamada Dúvida Inversa de iniciativa do interessado. Porém, a mesma existe por criação pretoriana, que se configura pela apresentação diretamente em juízo das razões de inconformidade da parte interessada no registro. Chama-se Dúvida Inversa porque não é o Registrador que a suscita a requerimento da parte; esta interpõe este Procedimento diretamente no Juízo competente.

⁵ Na Consolidação Normativa Notarial e Registral do Rio Grande do Sul, isso vem expresso no artigo 332, § 1º: “Examinar-se-ão a legalidade e a validade do título nos 15 (quinze) primeiros dias desse prazo”. A CNNR/RS está disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/export/legislacao/estadual/doc/CNNR_CGJ_Fevereiro_2014_Provimento_04_2014.pdf>.

Explica o autor que seria maléfica a admissão desse procedimento, eis que inverte a ordem cronológica dos atos judiciais e registrais.

2 Julgados relacionados à matéria

Ao destacarmos algumas decisões relacionadas à matéria, temos por objetivo demonstrar como o procedimento tem natureza administrativa e não adentra a questão do mérito propriamente. As decisões restringem-se à análise das condições de registrabilidade do título. Por isso é que o artigo 204 da Lei 6.015/73 estabelece: “A decisão da dúvida tem natureza administrativa e não impede o uso do processo contencioso competente”.

O primeiro julgado selecionado não gerou recurso, mas, como a autora do presente artigo teve a oportunidade de participar como advogada, compartilhar-se-á. Tratava-se de dúvida direta, sob o nº 001/1.10.0211152-9, junto à Comarca de Porto Alegre. O objeto da discussão era o registro de uma escritura pública de compra e venda. A sentença determinou:

Assim sendo, JULGO IMPROCEDENTE a presente DÚVIDA apresentada pelo REGISTRO DE IMÓVEIS DA 6ª ZONA, para determinar o acesso registral de escritura pública de compra e venda onde constam [...] e s/m [...], como outorgantes vendedores, e [...] Ltda., como outorgada compradora, e [...] e s/m [...] e Outros, como intervenientes e anuentes, tendo por objeto frações dos imóveis descritos nas matrículas nºs [...] e [...], livro 2/RG, bem como do formal de partilha, com a devida comprovação do pagamento do ITBI (grifo nosso).

A decisão foi no sentido da registrabilidade da escritura. O caso foi o seguinte: havia duas matrículas, sendo que em ambas figuravam os mesmos proprietários. A propriedade foi transmitida a eles em razão da saína.⁶ Passados alguns anos, foi feita uma extinção de condomínio. A cliente da autora deste artigo queria comprar uma fração ideal de cada matrícula.

O projeto foi aprovado na Prefeitura Municipal de Porto Alegre como um fracionamento (hipótese em que não existe a necessidade de doação ao Município). O fundamento legal, na ocasião, que permitiu o fracionamento foi o artigo 152 do Plano Diretor de Porto Alegre, que considera também fracionamento a divisão amigável no caso de sucessão *causa mortis*.

⁶ Nesse sentido, o artigo 1.784 do Código Civil estabelece: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

A escritura de compra e venda tinha a seguinte estrutura: 1 - qualificação dos vendedores, dos anuentes e da compradora; 2 - declaração dos vendedores no sentido de serem proprietários da matrícula 1 (92.055,56 m²) e da matrícula 2 (35.825,15 m²) e as respectivas descrições de cada uma; 3- o imóvel objeto da venda tinha a metragem de 21.579,61 m² e por descrição a que ali constou; 4 - da matrícula 1 vendiam a área de 14.414,58 m² e da matrícula 2, a área de 7.165,03 m²; 5 - preço; 6 - descrição da área remanescente da matrícula 1 (77.640,98 m²) e da área remanescente da matrícula 2 (28.660,12 m²); 7 - nomeação de procurador para cumprir exigências do Registro de Imóveis, se necessário; 8 - pagamento do ITBI; 9 - cláusulas finais de praxe.

O Registro de Imóveis entendeu que teria que ser feita uma escritura de extinção e divisão de condomínio, não sendo possível o registro da compra e venda. Foi suscitada a dúvida e entendeu o magistrado que a escritura de compra e venda tinha todos os requisitos necessários, estando apta a registro.

Outro caso que destacamos foi julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em Apelação Cível sob nº 70038670766. A ementa destacou:

Registro de Imóveis. Suscitação de Dúvida Inversa. Desacolhimento. Pretensão de acréscimo e registro de área não titulada. Impropriedade da via eleita. Equívoco registral ou, ainda, aquisição de propriedade, que deve ser buscada pelas vias adequadas. Recurso de apelação desprovido. Unânime.

A decisão enfrenta questão relativa ao acréscimo de área e a qual o entendimento sobre a via adequada para tanto. A sentença havia julgado improcedente a suscitação de dúvida que não autorizou a retificação administrativa.

Observe-se que aqui foi o caso de dúvida inversa, ou seja, a parte apresentou as suas razões diretamente no juízo competente. Aqui nos recordamos da ressalva que faz Paiva (2011), quando ensina que o ajuizamento da dúvida inversa confunde o procedimento do instituto.

Neste caso, houve doação em favor dos apelantes de 134 ha, sendo que no local existiam 224 ha. Os autores requereram a retificação da área, com base no artigo 213 da Lei 6.015/73. Disse o Tribunal de Justiça:

nenhum reparo merece a sentença, pois que a pretensão inicial esbarra na impossibilidade de se utilizar da presente via procedural como subterfúgio à aquisição da propriedade. O procedimento de dúvida recai

tão somente sobre a idoneidade do título levado a registro.

Em pergunta formulada ao Colégio Registral do Rio Grande do Sul, no sentido da existência de porcentagem-límite para a retificação extrajudicial de imóvel, o mesmo se pronunciou no sentido de que não existe parâmetro objetivo no direito brasileiro que possa auxiliar no deslinde dessa questão, ou seja, que determine até quanto se pode “aumentar” a área registrada. Orientou que a diferença de 5% que chegou a ser utilizada em decisões judiciais de primeira instância seria criação pretoriana. Prosseguiu no sentido de que cada caso precisa ser analisado pelo registrador do mesmo modo que seria analisado pelo magistrado. E concluiu: “Alteraçāo na descrição do imóvel envolvendo apenas o que está dentro das divisas originais do imóvel (intramuros) é caso de retificação; alteração na descrição do imóvel envolvendo partes que se encontram fora dos limites originais da gleba (extramuros) é caso de usucapião”.

Outra decisão que se destaca em sede de Apelação Cível sob nº 70053076410, também do TJRS, cuja ementa transcrevemos:

Registro de Imóveis. Suscitação de Dúvida. Registro de escritura pública de instituição, especificação, divisão e convenção de condomínio, com atribuição de unidades autônomas. Redução dos emolumentos, nos termos do art. 290, § 4º, da Lei 6.015/73, considerando a presença dos requisitos necessários, bem como a ausência de nova aquisição de propriedade. Apelos providos.

Trata-se, basicamente, de redução de emolumentos e instituição de condomínio edilício. A Caixa Econômica Federal figurou como apelante, juntamente com a parte.

Os apelantes pretendiam se valer do benefício de 80% de redução de emolumentos porque, como o financiamento imobiliário estava relacionado ao Programa Minha Casa Minha Vida, nos termos do art. 290, § 4º da Lei 6.015/73⁷ haveria uma redução de emolumentos.

⁷ Prescreve o artigo: “As custas e emolumentos devidos aos Cartórios de Notas e de Registro de Imóveis, nos atos relacionados com a aquisição imobiliária para fins residenciais, oriundas [sic] de programas e convênios com a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, para a construção de habitações populares destinadas a famílias de baixa renda, pelo sistema de mutirão e autoconstrução orientada, serão reduzidos para vinte por cento da tabela cartorária normal, considerando-se que o imóvel será limitado a até sessenta e nove metros quadrados de área construída, em terreno de até duzentos e cinqüenta metros quadrados”.

Ocorre que em 2008 os apelantes registraram no Registro de Imóveis um contrato com força de escritura de imóvel com 310 m², adquirido por R\$ 16.000,00. Dita aquisição foi acompanhada tendo como interveniente o FDS (Fundo de Desenvolvimento Social, regulado na Lei da MCMV, Lei 11.977, de 2009, e representado pela CEF). Na mesma época foi feito o registro da hipoteca pelos apelantes em favor do FDS.

Posteriormente, com a anuência da CEF, os adquirentes do imóvel promoveram a divisão e extinção do condomínio existente entre as partes adquirentes, mediante a atribuição de unidades autônomas. No mesmo ato, cancelou-se a hipoteca e constituiu-se alienação fiduciária em favor do FDS também sobre as benfeitorias. A moradia de cada condômino perfazia a metragem de 33 m².

Na ocasião da aquisição, os apelantes receberam recursos do FDS para a compra do terreno e para construção da obra (moradia). Concluída a obra e expedido o habite-se, entendeu a juíza *a quo* que “o pedido formulado pelos requeridos junto ao Registro de Imóveis não se trata de primeira aquisição, pois que em 2008 já haviam adquirido o imóvel registrado sob nº [...]”. Manifestou-se o Tribunal de Justiça no sentido de que “não se pode separar a aquisição do terreno com construção da obra, como se fossem 2 atos que não guardam relação com o propósito original dos apelantes, ou seja, a aquisição de suas moradias. Logo, aplicável a redução dos emolumentos”.

Sobre esse assunto, Mezzari (2010) ensina que é possível a instituição de condomínio edilício com atribuição de unidade autônoma aos respectivos condôminos de forma individualizada. Explica que “os condôminos buscam, no mesmo momento, além de instituir o condomínio, efetuar a divisão dos apartamentos, atribuindo-os individualmente, de forma que a cada condômino seja atribuído um apartamento, por exemplo” (MEZZARI, 2010, p. 71).

Outra decisão que gostaríamos de destacar, em razão de seu caráter normativo, tramitou junto à Comarca de Porto Alegre, sob o nº 1130112996-9. Tinha por objeto, basicamente, a alienação fiduciária de bem imóvel e o termo de quitação.

A parte havia firmado um contrato de financiamento com alienação fiduciária e encaminhado o cancelamento da alienação fiduciária para o Registro de Imóveis. No termo de quitação, não constou o valor da dívida nem a sua assinatura. O juiz entendeu que “efetuado o pagamento da dívida e seus encargos, assim resolve-se a propriedade fiduciária e autoriza o seu cancelamento no Registro de Imóveis”. Prosseguiu: “A declaração de quitação integral do preço da compra e venda é documento hábil a comprovar o pagamento da dívida, independente de constar ou não o

valor da dívida quitada, com o que resolve a propriedade fiduciária e autoriza o cancelamento no Registro de Imóveis". Julgou improcedente a dúvida e atribuiu **efeito normativo** à decisão.

Conclusão

A Lei 6.015/73 apresenta a possibilidade de ser ouvido o juiz, que definirá se determinado título poderá ou não ser registrado. Essa faculdade, provocada por quem apresentar o título ao Registro de Imóveis, não adentra ao mérito propriamente da questão. Nesse sentido é o art. 204 desse diploma legal, quando estabelece que a decisão da dúvida tem natureza administrativa.

Mencionada lei refere-se à dúvida direta, muito embora a jurisprudência venha admitindo a dúvida inversa, hipótese em que as razões de inconformidade são apresentadas pela parte interessada diretamente ao juízo competente.

As decisões destacadas reforçam o entendimento de que ao magistrado caberá o exame do título, sem adentrar no mérito da questão.

Nos parece que esse procedimento é uma boa alternativa, tanto para o apresentante do título quanto para o registrador. Ao apresentante, pois terá o seu pleito analisado por outro que não o próprio registrador. A este, mesmo tendo a convicção de lhe faltar requisitos de procedibilidade para o registro, por receber na ordem judicial o que deverá ser feito.

Salienta-se que, muito embora seja um procedimento previsto na lei, o mais adequado é um diálogo com o registrador, antes de se optar pela suscitação de dúvida, pois muitas vezes alguma adequação no título já será satisfatória e atenderá as exigências postas. Normalmente, quando conversamos com o registrador e não conseguimos chegar a um denominador comum, informamos a ele nossa intenção de requerer a dúvida. Quando ele emite Nota de Devolução, com fundamento legal, está obedecendo aos princípios registrais que visam à garantia da publicidade, autenticidade, segurança jurídica e eficácia. Ao final, o objetivo de ambas as partes é o registro do título, por isso a existência desse instituto.

Referências

BALBINO FILHO, Nicolau. *Direito Imobiliário Registral*. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos Comentada*. 19^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. *Consolidação Normativa Notarial e Registratal do Rio Grande Do Sul*. Porto Alegre: SEDOC, 2014. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/export/legislacao/estadual/doc/CNNR_CGJ_Fever>

eiro_2014_Provimento_04_2014.pdf>.
Acesso em: 5 mar. 2014.

MEZZARI, Mário Pazutti. *Condomínio e incorporação no Registro de Imóveis*. 3^a ed. Porto Alegre: Norton Editor, 2010.

PAIVA, João Pedro Lamana. *Procedimento de dúvida no Registro de Imóveis: aspectos práticos e a possibilidade de participação do notário e a evolução dos sistemas registral e notarial no século XXI*. 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

A prova no processo coletivo

Wilson de Souza Malcher

*Advogado da CAIXA no Rio Grande do Sul
Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual
Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto
Brasileiro de Direito Processual
MBA em Direito Econômico e das Empresas pela
Fundação Getulio Vargas/DF
Mestre em Direito Processual pela Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra – Portugal
Doutorando em Direito Processual pela Faculdade de
Direito da Universidade de Salamanca – Espanha
Presidente da Comissão Especial do
Advogado Empregado – OAB/RS*

RESUMO

Segundo a regra dominante no sistema probatório brasileiro, a parte que alega a existência de um determinado fato tem a incumbência de demonstrá-la. No processo coletivo não é diferente. E, por mais que se afirme que os institutos clássicos do processo civil foram pensados para a resolução de conflitos individuais, o sistema de provas pode perfeitamente ser adaptado às demandas coletivas, com as adaptações necessárias e considerando as formações doutrinárias e jurisprudenciais desenvolvidas especialmente para esse sistema processual.

Palavras-chave: Prova. Encargo. Instrução. Processo coletivo.

ABSTRACT

According to the prevailing rule in the Brazilian probation system, the party who claims the existence of a particular fact is tasked to demonstrate it. In the collective actions is no different. And as much as it is claimed that the classical institutes of civil procedure were designed to resolve individual disputes, the proof system can be perfectly adapted to the collective actions, with the necessary adaptations and considering the doctrinal and jurisprudential formations developed especially for this procedural system.

Keywords: Proof. Obligation. Instruction. Collective actions.

Introdução

Este trabalho, na singeleza de seu desenvolvimento, procura estudar a sistemática probatória pensada para os processos indivi-

duais, em especial, para os sistemas brasileiro e espanhol, porém com o propósito de adaptá-la à nova realidade dos chamados processos coletivos.

Sabemos que, na generalidade dos sistemas processuais, compete a cada uma das partes o encargo de fornecer os elementos de prova capazes de demonstrar a veracidade dos fatos alegados, pois o objetivo final é o convencimento do juiz.

Procuraremos, no entanto, lançar um olhar mais consentâneo com a realidade do processo atual, relativamente ao encargo da prova e à ampliação dos poderes de instrução do juiz, levando-se em conta as modernas doutrinas e jurisprudências aplicáveis aos processos coletivos.

1 A prova e a generalidade dos sistemas processuais cíveis

Para o desenvolvimento da atividade jurisdicional é imprescindível, antes de tudo, a existência dos direitos. Porém, considerá-los afastados dos fatos é negar sua própria gênese. Por certo, são os fatos suscetíveis de apreciação jurídica que dão vida aos direitos.

Na generalidade dos sistemas processuais cíveis, são as partes de cada processo os principais protagonistas da iniciativa de apresentação dos fatos relevantes. Assim, na demanda – ato inicial do processo civil – ao menos o demandante apresenta perante o tribunal o fato ou fatos que se consideram juridicamente relevantes.

O art. 282 da Lei 1/2000 (Ley de Enjuiciamiento Civil – LEC), sobre “Iniciativa da atividade probatória”, dispõe que as provas praticam-se à instância da parte e o tribunal só poderá permitir, de ofício, que se pratiquem determinadas provas ou que se aportem documentos, ditames ou outros meios, quando o disponha a lei expressamente. Assim, como já referido aqui, a iniciativa de apresentação dos fatos considerados relevantes e fundamentais de suas pretensões, bem como das provas, é de responsabilidade das partes.

Como sustenta Martin Ostos (1981, p. 20), está o processo nas mãos das partes durante quase todo o seu curso e o juiz, muitas vezes, como espectador. Nessa linha de raciocínio, está o direito processual espanhol, assim como o brasileiro, ainda fortemente influenciado pelo princípio dispositivo. Porém, um “dispositivo atenuado”, porque a LEC (art. 282)¹ permite que, de ofício, se pratiquem determinadas provas ou que se aportem

¹ “Art. 282. Iniciativa de La actividad probatoria. – Las pruebas se practicarán a instancia de parte. Sin embargo, el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley.”

documentos, opiniões técnicas ou outros meios quando o dispõnha a lei expressamente.

Existe, é verdade, uma tendência de ampliação dos poderes de instrução do juiz, a exemplo do *Code de Procédure Civile* francês, que confere ao juiz a possibilidade de iniciativa de medidas de instrução legalmente admissíveis (art. 10).

Em geral, o autor deve provar os *fatos constitutivos*, que são os fundamentos de sua demanda, ou seja, qual o fato ou fatos geradores do direito afirmado. O réu, por sua vez, pode defender-se simplesmente negando os fatos apontados, a chamada *defesa direta*. Porém, ao invés, por decidir-se pela apresentação de fatos novos, pode adotar a *defesa indireta*, devendo apresentar as provas dos *fatos impeditivos*, *extintivos* e *modificativos*, que permitam, de alguma forma, comprometer o direito afirmado pelo autor.

Na lição de Didier Jr. (2012, p. 81-82), *fato impeditivo* é aquele que a existência obsta que o fato constitutivo produza efeitos, a exemplo da incapacidade, do erro e do desequilíbrio contratual. O *fato extintivo* é aquele que retira a eficácia do fato constitutivo, fulminando o direito do autor, tal como o pagamento, a compensação, a prescrição, a decadência legal. E, finalmente, o *fato modificativo*, que, tendo por certo a existência do direito do autor, pretende apenas o modificar de alguma forma, tal como a moratória permitida ao devedor.

Os romanos aplicavam a regra *semper onus probandi ei incumbit qui dicit*, ou seja, *semper necésitas probandi incumbit illi qui agit*. E, para completar, *ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*. Assim, como a defesa da demanda é de negação do fato afirmado pelo demandante, a qual, em sua maioria, consiste na articulação de outro fato, ou fatos, que extinga, anule, impeça ou modifique aquele, o encargo de provar, nesse caso, é direcionado ao demandado. Nesse sentido, o Código Processual brasileiro (artigo 333, I e II) mantém-se fiel ao princípio segundo o qual o encargo de provar incumbe: I – ao demandante, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II – ao demandado, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do demandante.

A propósito, Baptista da Silva (1998, p. 344) assevera: “*Como todo direito sustenta-se em fatos, aquele que alega possuir um direito deve, antes de mais nada, demonstrar a existência dos fatos em que tal direito se alicerça*”. A presente afirmação está de acordo com a regra dominante do sistema probatório adotado pelo legislador brasileiro, segundo a qual, a parte que alega a existência de um determinado fato tem a incumbência de demonstrá-la.

Em outros termos, o encargo de produzir a prova dos fatos cabe a quem os alega.²

Para Bentham (1971, p. 10), “a arte do processo não é essencialmente outra coisa senão a arte de administrar as provas”. Assim, cada parte narra sua versão sobre os acontecimentos. E a versão mais bem provada, aquela que convencer o julgador, tende a sair vencedora.

No processo coletivo não é diferente. E, por mais que se afirme que os institutos clássicos do processo civil foram pensados para a resolução de conflitos individuais, o sistema de provas pode perfeitamente ser adaptado às demandas coletivas. É lógico, com os devidos ajustes, visto que estamos diante de questões que a rigor poderiam exigir a produção de inumeráveis provas ou, dependendo do tipo de prova, de difícil ou de impossível produção por uma das partes.

2 Os processos coletivos e a inversão do encargo da prova

Como antes mencionado, na generalidade dos processos civis, compete a cada uma das partes o encargo de fornecer os elementos de prova capazes de demonstrar a veracidade dos fatos alegados. O objetivo é o convencimento do juiz, portanto a parte interessada deseja o reconhecimento dos fatos e a satisfação de sua pretensão.

Desse modo está estruturado o sistema processual brasileiro, como se constata da dicção do artigo 333 do CPC. Adota a legislação processual brasileira a concepção estática do encargo da prova. Porém, esse regramento revela-se insatisfatório a cada dia, por desdenhar as especificidades do direito material presente e da realidade concretamente vivida, o que fez surgir uma nova teoria, a chamada *teoria da distribuição dinâmica do encargo da prova* (DIDIER JR., 2012, p. 82).

Há situações, por certo, em que as provas carreadas ao processo não são suficientes para evidenciar os fatos; e, em certos casos, poderá o juiz proferir decisão injusta, diante de uma regra rígida do encargo de prova. Para corrigir essa imperfeição do sistema processual civil, a doutrina criou a *teoria da distribuição dinâmica do encargo da prova*, segundo a qual a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la. Em outras palavras, prova quem pode.

² É importante dizer: falamos de “encargo”, não de uma “obrigação”. A parte não está obrigada a assumir o encargo. O encargo da prova é uma consequência do encargo de dizer, de afirmar ou de fazer (SANTOS, 1987, p. 347). *Allegatio et non probatio quase non allegatio*.

Em realidade, cabe ao juiz, diante de cada caso, avaliar qual das partes está em melhores condições de produzir a prova à luz das circunstâncias concretas. Assim, de acordo com essa nova teoria: *a) o encargo não deve ser repartido prévia e abstratamente, e sim casuisticamente; b) sua distribuição não pode ser estática e inflexível, e sim dinâmica; c) não importa a posição da parte, se autor ou réu; d) interessa quem tem a possibilidade de produzir a prova.*

No Brasil, diante das constatações, o legislador positivou a técnica e criou a possibilidade de inversão do encargo da prova, como forma de prestigiar a parte da relação jurídica que está em estado de inferioridade. Na lição de Didier Jr. (2012), as normas de inversão do encargo da prova podem ser divididas em normas de inversão legal (*ope legis*) e normas de inversão judicial (*ope iudicis*). Nas primeiras, a determinação é da lei. A inversão independe do caso concreto ou da vontade do juiz.

A jurisprudência brasileira, na apreciação das demandas coletivas em defesa do patrimônio ambiental, consolidou o entendimento da inversão do encargo probatório nas demandas de dano ambiental. Confira-se recente julgado do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

PROCESSUAL CIVIL – COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL DE MULTA POR DANO AMBIENTAL – INEXISTÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL – PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – OMISSÃO – NÃO-OCORRÊNCIA – PERÍCIA – DANO AMBIENTAL – DIREITO DO SUPOSTO POLUIDOR – PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.

1. A competência para o julgamento de execução fiscal por dano ambiental movida por entidade autárquica estadual é de competência da Justiça Estadual.
2. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.
3. O princípio da precaução pressupõe a inversão do ônus probatório, competindo a quem supostamente promoveu o dano ambiental comprovar que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não lhe é potencialmente lesiva.
4. Neste sentido e coerente com esse posicionamento, é direito subjetivo do suposto infrator a realização de perícia para comprovar a ineficácia poluente de sua conduta, não sendo suficiente para torná-la prescindível de informações obtidas de sítio da internet.
5. A prova pericial é necessária sempre que a prova do fato depender de conhecimento técnico, o que se revela aplicável na seara ambiental ante a complexidade do

bioma e da eficácia poluente dos produtos decorrente do engenho humano.

6. Recurso especial provido para determinar a devolução dos autos à origem com a anulação de todos os atos decisórios a partir do indeferimento da prova peticional. (REsp 1060753/SP. Segunda Turma. Ministra Eliana Calmon. Data de julgamento 01/12/2009. DJe 14/12/2009).

Assim, a Corte Superior brasileira consolidou a posição de que quem, por suposição, promoveu o dano ambiental deve comprovar que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não nos é prejudicialmente lesiva. Trata-se da aplicação do consagrado *princípio da precaução*, segundo o qual é dever do Poder Público diante de ameaça à saúde dos homens e à preservação do meio ambiente atuar de modo preventivo, a fim de afastar qualquer risco. A propósito, a Carta Magna brasileira consagrou que é dever do Poder Público “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e ao meio ambiente” (art. 225, inciso V, da CF).

A segunda, a inversão *ope iudicis*, é considerada a verdadeira inversão do encargo da prova, donde a lei não excepciona a regra geral, porém abre a possibilidade para que o juiz, no caso concreto, permita a inversão. Essa possibilidade ocorre, por exemplo, na defesa do consumidor. Em efeito, o consumidor comumente não está em perfeita condição de produzir a prova, o que caracteriza a sua inferioridade diante de outra parte. É a consagração do *princípio da vulnerabilidade*, em verdade, uma representação de um movimento de política jurídica destinada à defesa da parte débil, como aponta Stiglitz (1986, p. 4).

A garantia da inversão do encargo da prova está consagrada na legislação brasileira nos artigos 6º, VIII, e 38 do Código de Defesa do Consumidor.³

É o caso típico da inversão do encargo da prova a critério do juiz, quando a legislação abre a oportunidade para o magistrado permitir a inversão. Os dois artigos estão correlacionados e garantem a proteção processual e jurídica dos consumidores em juízo. O artigo 38 estabelece que o encargo de provar a veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe ao patrocinador.

³ “Art. 6º. São direitos básicos do consumidor: [...] VIII – a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência.”

“Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação cabe a quem as patrocina.”

A inferioridade ou subordinação dos consumidores é uma preocupação das legislações brasileira e espanhola. O Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de novembro de 2007,⁴ por exemplo, assegura a proteção dos direitos de consumidores e usuários mediante procedimentos eficazes, em especial perante situações de inferioridade, subordinação e falta de defesa, como forma de garantir a igualdade de parte, empresário e consumidor.

Resta claro que as legislações espanhola e brasileira, ao pensarem sobre a proteção dos direitos de consumidores, afastam-se da concepção do Estado liberal clássico, que delimitava, de forma rígida, os poderes de intervenção na esfera jurídica privada. O Estado liberal imaginava que, para garantir a liberdade dos homens, deveria interferir o mínimo possível na esfera dos particulares. Sustentava-se a ideia de igualdade (formal) de todos diante da lei (MARINONI, 2004). Nesse caso, a lei não deveria considerar as diferenças de posição social, como forma de dar tratamento igual às pessoas. Hoje, a lei observa e declara que existem jurisdicionados que merecem tratamento diferenciado diante de situações de inferioridade, subordinação e falta de defesa.

3 A prova no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América

O Instituto Ibero-American de Direito Processual, na busca de unificação e harmonização de normas entre os países ibero-americanos, aprovou em Caracas, a 28 de outubro de 2004, o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, cuja base normativa, pode-se afirmar, é a legislação brasileira, principalmente o Código de Defesa do Consumidor. Porém, no que se refere à prova, afasta-se da tradicional distribuição prevista no Código de Processo Civil brasileiro (art. 333), bem como não adota a possibilidade de inversão do encargo probatório prevista no art. 6º, VII, do CDC. O Código Modelo, como se nota do parágrafo 1º, art. 12, optou por uma fórmula que atribui a responsabilidade da prova à parte que possua conhecimentos científicos, técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade para sua demonstração. Confira-se:⁵

⁴ *O Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de novembro de 2007, art. 8º, "f": "A protección de sus derechos mediante procedimientos eficacé, en especial ante situación de inferioridad, subordinación e indefensión".*

⁵ Disponível em: <http://www2.mp.pr.gov.br/direitoshumanos/cpcc_aple02.php>. Acesso em: 21 fev. 2013.

Art. 12. Provas - São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

Par. 1º. O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração. Não obstante, se por razões de ordem econômica ou técnica, o ônus da prova não puder ser cumprido, o juiz determinará o que for necessário para suprir à deficiência e obter elementos probatórios indispensáveis para a sentença de mérito, podendo requisitar perícias à entidade pública cujo objeto estiver ligado à matéria em debate, condenando-se o demandado sucumbente ao reembolso. Se assim mesmo a prova não puder ser obtida, o juiz poderá ordenar sua realização, a cargo ao Fundo de Direitos Difusos e Individuais Homogêneos.

A opção de a comissão atribuir o encargo da prova a quem detém os conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, em princípio, pode parecer mais favorável à parte débil. Porém, a complementação imediata da possibilidade de não cumprimento de tal carga talvez denuncie a real dificuldade de implementação, pois “maior facilidade de demonstração”, por exemplo, pode se constituir em matéria controvertida. Logo, partir para o recurso da perícia técnica, por deliberação de ofício do juiz, parece encurtar o caminho para a decisão de mérito.

Nesse pensar, o parágrafo 2º do citado artigo 12 prevê a possibilidade de revisão da decisão jurisdicional de distribuição da carga de prova, inclusive com a previsão de determinação de ofício de sua produção (parágrafo 3º).

Par. 2º – Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa, o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedido à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para a produção da prova, observado o contraditório em relação à parte contrária.

Par. 3º - O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

Em sendo assim, o modelo aprovado, a despeito de procurar inspiração em modelos já existentes nos países da comunidade ibero-americana, em especial na legislação brasileira, em determinados pontos, como apresentado em relação à carga da prova, afasta-se dos modelos visitados para criar um sistema original.

4 O caráter publicista do processo e a prova

É importante ressaltar o papel do processo civil contemporâneo, que passou a assumir um caráter social, na realização das funções de pacificação social e de realização de justiça. Esse caráter público, segundo anotação de Álvaro de Oliveira (2009, p. 55), toma forma no final do século XIX e começo do século XX, em especial, com a codificação austríaca de 1895, graças a Franz Klein.

No Brasil, a própria Constituição de 1988 consagra o caráter público do processo como instrumento para a tutela dos direitos fundamentais. Portanto, seus fins confundem-se com os objetivos do próprio Estado, na medida em que a jurisdição é uma das funções com que se procura cumprir seu papel, qual seja, o de assegurar o bem-estar da sociedade (BEDAQUE, 1994, p. 10-11).

A visão publicista do processo vem acompanhada de uma nova tendência: *a possibilidade de produção probatória por iniciativa do órgão jurisdicional*. Essa nova visão, de ângulo totalmente publicista, encontra resistências na doutrina e na jurisprudência, porém é uma tendência cada vez mais forte e presente, conferindo ao Estado-juiz amplos poderes de instrução. O professor Bedaque, na obra dedicada ao tema, cuja lição merece destaque, defende o poder de instrução dos juízes como uma forma de melhor prestar a tutela jurisdicional. Confira-se:

[...] ainda que privada a reação material, o Estado tem interesse em que a tutela jurisdicional seja prestada de melhor maneira possível. Assim, se o pedido da tutela e os limites da prestação são privados, o modo como ela é prestada não o é [...]

O único limite imposto ao juiz reside nos limites da demanda (CPC, arts. 128 e 460). No mais, deve ele desenvolver toda a atividade possível para atingir os escopos do processo (BEDAQUE, 1994, p. 70-71).

O consagrado professor e processualista brasileiro defende que, por meio da atuação ativa e presente do juiz, possa-se respeitar um dos princípios processuais de maior relevância social: *o princípio da igualdade real entre as partes*. Assim, o juiz teria nas mãos um poderoso instrumento para corrigir as desigualdades econômicas presentes na relação processual. A participação efetiva do juiz na produção da prova seria, por exemplo, uma forma de evitar que eventuais desigualdades econômicas pudesse repercutir no resultado do processo (BEDAQUE, 1994, p. 72-73).

Com efeito, existem aqueles que argumentam em desfavor da iniciativa do juiz em prol da realização da prova. Um argumento

forte, segundo alegam, seria a necessidade de preservar-se a imparcialidade do julgador, não favorecendo a nenhuma das partes. Porém, como afirma Bedaque (1994, p. 82-83):

não se deve confundir imparcialidade com passividade do julgador durante o desenvolvimento do processo. [...] Para que o juiz mantenha a imparcialidade, diante de uma prova por ele determinada, é suficiente que permita às partes sobre ela se manifestar.

Nesse caso, o princípio do contraditório deve funcionar como um limite natural que impeça transformar a arbitragem em arbitriação. Assim, a atividade do juiz determinando a realização das provas, desde que submetida ao princípio do contraditório e sempre acompanhada de motivação, não pode ser taxada como parcial, porém como exercício da jurisdição.

5 Os poderes de instrução dos juízes nos processos coletivos

Como sabemos, a atuação positiva do Estado é indispensável para assegurar o gozo dos direitos sociais básicos, entre eles, a efectiva tutela jurisdicional, como reconhecimento de um direito fundamental diante do próprio Estado.

Quando falamos de processos coletivos, falamos de discussões de macrointeresses, de fatos envolvendo um grupo ou grupos, uma coletividade. Portanto, a atenção dos operadores de direito deve ser reforçada, porque muitos são os interessados envolvidos. E, aqui, mais do que nunca, se faz presente a importância dos juízes comprometidos com a justa resolução dos conflitos.

Por isso, acreditamos que, nos processos coletivos, é de suma importância que o juiz não adote uma posição de mero observador do duelo travado entre as partes. Deve, por certo, estar preocupado com o resultado da demanda coletiva. Assim, quando as provas carreadas ao processo não se mostrem suficientes para evidenciar os fatos, deverá o juiz – assim defendo – apartar a regra rígida de encargo de prova e adotar a técnica de distribuição dinâmica, segundo a qual a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la.

E, não raro, nos processos coletivos, o grupo ou a coletividade como um todo estará em dificuldade de produzir a prova ou em estado de inferioridade, como ocorre com frequência nas ações em defesa dos consumidores. Em casos assim, devemos contar com a técnica de inversão do encargo da prova, como forma de prestigiar a parte da relação jurídica que está em dificuldade ou em estado de inferioridade.

Somos adeptos da teoria de que o juiz não deve ser mero espectador do litígio entre as partes, pois tem poderes de instrução e deve utilizá-los sempre que necessário, em prol da celeridade processual e da efetiva prestação jurisdicional. Sem olvidar, claro, os princípios da legalidade e do devido processo legal.

Podemos perceber certa evolução e uma tendência das legislações processuais, tanto de países de *civil law* como de *common law*, na ampliação dos poderes de instrução dos juízes, com a finalidade de esclarecer a verdade dos fatos controvertidos.

O *Code de Procédure Civile* francês, de 1975, por exemplo, confere ao juiz a iniciativa de ordenar, de ofício, todas as medidas de instrução legalmente admissíveis. Dita o artigo 10 do referido código: "*L'article 10. Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office touté l'é méuré d'instruction légalement admissible*".⁶

De igual modo, o Código Processual Civil e Comercial da Argentina (Lei 17.454, com as modificações da Lei 25.488/2001), estatui como dever dos juízes e tribunais ordenar as diligências tendentes a esclarecer a verdade dos fatos controvertidos, *in verbis*.⁷

Artigo 36. Deberes y Facultades ordenatorias e instructorias. Aún sin requerimientos de parté, los juecés e tribunalé deberían: [...] 4) Ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes. A ese efecto, podrán:

- a) Disponer, en cualquier momento, la comparecencia personal de las partes para requerir las explicaciones que estimen necesarias al objeto del pleito;
- b) Decidir en cualquier estado de la causa la comparecencia de testigos con arreglo a lo que dispone el artículo 452, peritos y consultores técnicos, para interrogarlos acerca de lo que creyeren necesario;
- c) Mandar, con las formalidades prescriptas en este Código, que se agreguen documentos existentes en poder de las partes o de terceros, en los términos de los artículos 387 a 389.

E o artigo 378 do vigente Código de Procedimento Civil da Bolívia (Decreto-lei nº 12.760, de 6 de agosto de 1975, elevado a categoria de lei, em 28 de fevereiro de 1997, pela Lei nº 1.760), facilita aos juízes a produção de toda prova que se julgar necessária.

⁶ Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=DE61E2328403A867713270662EF57FEE.tpdj02v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006149637&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20140217>. Acesso em: 3 fev. 2014.

⁷ Disponível em: <<http://www.legislaw.com.ar/legis/cpcc%20completo/cpcc-complibro1tituloprim.htm>>. Acesso em: 3 fev. 2014.

ria e pertinente, dentro do período de prova (um período não menor que dez dias nem maior que cinquenta, segundo o processo de que se tratar).⁸

Artigo 378. (Facultad do Juiz). O juiz, dentro del período probatorio o hasta antes de la sentencia, podrá ordenar de oficio declaraciones de testigos, dictámenes de peritos, inspecciones oculares y toda la prueba que juzgare necesaria y pertinente.

Por certo que as legislações citadas não foram pensadas para processos coletivos, porém estão plenamente adaptadas à nova realidade das demandas de grupo, em que a participação do juiz na formação do conjunto probatório mostra-se imprescindível diante das questões postas a desate. Acredito, sobretudo, que a determinação da realização de provas necessárias e pertinentes ao esclarecimento dos fatos deduzidos pelas partes é de fundamental importância para a obtenção mais próxima da verdade e de uma sentença mais justa.

Conclusão

Torna-se, assim, palpável a afirmativa de que não se pode mais aceitar um juiz inerte diante dos fatos e apartado da formação do conjunto probatório do processo. Assim, quando as provas carreadas ao processo não se mostram suficientes para evidenciar os fatos, deverá o juiz apartar a regra rígida do ônus da prova e adotar a técnica de distribuição dinâmica, segundo a qual a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la. Deve, portanto, demonstrar o juiz estar preocupado com o resultado da demanda, seja individual ou coletiva.

Essa preocupação, como antes mencionado, restou demonstrada pela Corte Superior brasileira ao consolidar a posição de que quem, por suposição, promoveu o dano ambiental deve comprovar que não o causou ou que a substância lançada ao meio ambiente não nos é prejudicialmente lesiva.

⁸ Disponível em: <http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=252914>. Acesso em: 3 fev. 2014. Importa dizer que a Bolívia, em 2013, aprovou um novo Código de Processo Civil (Lei n. 439, de 19 de novembro de 2013), o qual deverá entrar em vigor em agosto de 2014. O novo código processual no art. 137 trata do ônus da prova (nos mesmos moldes do art. 333, do CPC), fazendo referência no inciso III a que o ônus da prova, nos moldes assinalados pelo Código, não impede a iniciativa probatória da autoridade judicial. Disponível em <<http://derecholeyes.blogspot.com/2013/12/descargar-ley-439-nuevo-codigo-procesal.html>>. Acesso em: 7 fev. 2014.

E, com alegria, percebe-se uma evolução e uma tendência cada vez maior das legislações processuais, tanto de países de *civil law* como de *common law*, na ampliação dos poderes de instrução dos juízes, com a finalidade de esclarecer a verdade dos fatos controvértidos, principalmente diante da realidade dos processos coletivos, como instrumento de defesa e de preservação dos direitos difusos e coletivos.

Referências

- ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto.** *Do formalismo no processo civil.* 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio.** *Curso de Processo Civil.* 4^a ed. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 1998.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos.** *Poderes instrutórios do juiz.* 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- BENTHAM, Jeremías.** *Tratado de las pruebas judiciales.* Trad. Manuel Osorio Florit. Buenos Aires: Valleta Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971. v. 1.
- DIDIER JR., Freddie.** *Curso de Direito Processual Civil.* Salvador: Jus Podivm, 2012.
- MARINONI, Luiz Guilherme.** *Do processo civil clássico à noção de direito à tutela adequada ao direito material e à realidade social.* *Jus Navigandi*, jun. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/5046/do-processo-civil-classico-a-nocao-de-direito-a-tutela-adequada-ao-direito-material-e-a-realidade-social>>. Acesso em: 19 fev. 2013.
- MARTIN OSTOS, José dos Santos.** *Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil.* Madri: Editorial Montecorvo S.A., 1981.
- SANTOS, Moacir Amaral.** *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil.* 2º Volume. São Paulo: Saraiva, 1987.
- STIGLITZ, Gabriel A.** *Protección jurídica del consumidor.* Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986.

Usando o processo contra o processo: como o STF, por meio do RE 591.068, negou efetividade à sua própria súmula vinculante nº 1

Damião Alves de Azevedo
Advogado da CAIXA no Distrito Federal
Mestre em Direito Constitucional pela
Universidade de Brasília (UnB)

RESUMO

O STF, por meio do RE 591.068, deixou de aplicar o regime de repercussão geral da forma prevista no CPC, criando um procedimento de reconhecimento da repercussão geral sem admissão de recurso. Esse procedimento viola a lógica processual mais elementar, pois é materialmente impossível avaliar a repercussão geral sem analisar o mérito do recurso. Porém, mais grave que o víncio de lógica, o STF inadvertidamente permitiu que todos os acórdãos contrários à sua própria súmula vinculante nº 1 fossem mantidos, em flagrante desrespeito ao entendimento do tribunal e, principalmente, violando o princípio constitucional que exige uniformidade na jurisprudência constitucional.

Palavras-chave: Súmula Vinculante nº 1. FGTS. Repercussão Geral. Efetividade.

ABSTRACT

The Supreme Court, through the RE 591.068, has not considered the regime of general repercussion as it is prescribed at the Code of Civil Procedure, creating a procedure for recognition of general repercussion without admission of appeal. Such a legal movement violates the most elementary procedural logic, since it is impossible to analyse materially this repercussion without analyse the appeal itself. Nevertheless, worse than the logic vicious, the Supreme Court (STF) inadvertently permitted that all judgments in disagreement with its own biding precedent # 1 been kept, in blatant disregard to the understanding of the court and, mainly, violating the constitutional principle that requires uniformity in constitutional jurisprudence.

Keywords: Biding Precedent nº 1. FGTS. General Repercussion in Extraordinaries Appeals. Effectiveness.

1 O significado da súmula vinculante nº 1: abuso de direito e *venire contra factum proprium*

Em 6 de junho de 2007, o STF publicou suas três primeiras súmulas vinculantes. Não por acaso, a primeira delas tratou sobre a constitucionalidade da Lei Complementar 110/01, que regulou a forma de pagamento das diferenças de correção monetária que o STF estabeleceria como devidas no célebre julgamento do RE 226.855, ponto culminante de uma avalanche de milhões de ações judiciais sobre o mesmo tema.

A LC 110/01 autorizou o acréscimo cumulativo de 16,64% e 44,08% sobre os saldos das contas de FGTS mantidas, respectivamente, entre 01/12/88 e 28/02/89 e durante o mês de abril de 1990. Porém, seu art. 6º, além de fixar prazos de parcelamento para o crédito da complementação, estabeleceu que os pagamentos seriam reduzidos em percentuais fixados conforme o valor da diferença a receber. Diferenças até R\$ 2.000,00 seriam pagas integralmente. Valores superiores sofreriam descontos em proporções crescentes conforme o valor do crédito.¹

Entretanto, esses descontos e o parcelamento só ocorreriam para fundistas que concordassem expressamente, por meio da assinatura de um termo de adesão. Como o acórdão do RE 226.855 não tinha efeitos vinculantes, a Caixa Econômica Federal e a União poderiam continuar a interpor recursos em todos os processos judiciais sobre a matéria. Portanto, a vantagem oferecida pela LC 110/01 era conferir certeza ao fundista sobre os valores que receberia e sobre os prazos em que os receberia. Sem o acordo, o recebimento ficava postergado para a fase de execução da sentença, que só ocorreria depois de esgotadas todas as instâncias recursais. Além disso, dependeria de cálculos periciais que poderiam ser objeto de impugnação e de novos recursos. Apesar do desconto, e mesmo com o parcelamento, a LC 110/01 oferecia segurança jurídica ao fundista, poupando-o do desgaste financeiro e emocional de um longo processo. Isso permitiu ao fundista avaliar autonomamente se as condições propostas na lei lhe eram interessantes ou seria vantajoso pleitear o pagamento por meio do ajuizamento de ação.

Para os fundistas que já tinham ajuizado ações, havia modelo de termo de adesão específico, com cláusula explícita por meio da qual o signatário desistia da pretensão judicial como condição de fazer jus às condições de pagamento definidas na LC 110/01. Isto é, na prática, o termo correspondia a um acordo firmado entre as

¹ Os descontos eram os seguintes: para créditos entre R\$ 2.000,01 e R\$ 5.000,00 = 8%. Para créditos entre R\$ 5.000,01 e R\$ 8.000,00 = 12%. Acima de R\$ 8.000,00 = 15%.

partes para solução do litígio. Afinal, os termos da LC 110/01 eram expressamente diversos das pretensões judiciais, razão pela qual alguém só poderia concordar com as condições de pagamento fixadas na lei se, simultaneamente, renunciasse às pretensões judiciais incompatíveis com os termos da lei.

Porém, adveio um enorme número de decisões judiciais que invalidaram os termos de adesão, sob o fundamento de serem abusivas as cláusulas fixadas na LC 110/01, não podendo ser considerada a adesão nas ações ajuizadas pelos signatários. Um dos objetivos da LC 110/01 foi oferecer um mecanismo para solução extrajudicial da controvérsia. O termo de adesão criado pela lei só faria sentido se ele se prestasse a evitar o ajuizamento de mais ações e pôr fim às ações já ajuizadas. Não obstante, inúmeros juízes, de todo o país, entenderam que as condições de pagamento da LC 110/01 seriam inconstitucionais e, portanto, a concordância do fundista deveria ser desconsiderada.

Inevitavelmente, a matéria chegou ao STF. De um lado, havia a tese de que a vontade do fundista – expressa na assinatura do termo de adesão – deveria ser aceita como renúncia aos direitos nos quais se fundavam as ações, por se tratar de direitos disponíveis. Do outro lado, a tese de que a assinatura do termo de adesão não teria valor legal porque as disposições legais que o criaram (LC 110/01) seriam lesivas ao fundista por versarem sobre direitos indisponíveis e irrenunciáveis.

A questão constitucional era a seguinte: a assinatura do “termo de adesão” seria um meio lícito para manifestação da vontade do fundista?

O STF respondeu que sim. E depois de reiterar esse entendimento em alguns julgados, entendeu por bem utilizar alguns desses precedentes para elaborar sua primeira súmula vinculante.

Súmula Vinculante nº 1: Ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar nº 110/2001.

Isso equivale a dizer que a assinatura do termo de adesão é manifestação de vontade imediatamente apta a gerar efeitos no processo judicial do qual o signatário seja autor, correspondendo à renúncia dos direitos discutidos na ação. Decorre da súmula que, se não for provada existência de vício de forma ou de consentimento no ato da assinatura que comprometa sua validade ou eficácia, o juiz não pode simplesmente ignorar a existência do acordo extrajudicial.

As razões são simples. Nos termos da LC 110/01, a assinatura válida e eficaz do termo de adesão é suficiente para concretizar o acordo e produzir efeitos imediatos. A partir da assinatura, o fundista realizava a hipótese de incidência da lei e a CAIXA e o FGTS estavam legalmente obrigados a realizar os pagamentos na forma legalmente definida. Não se geravam apenas a expectativas de direito. A assinatura era suficiente para criar obrigações recíprocas e, por si só, impunha à CAIXA, como gestora do FGTS, a adoção de providências administrativas concretas para cumprimento do acordo. Não só à Caixa, mas também à União eram impostas obrigações, pois as atividades da gestora dependem de verbas orçamentárias e das correspondentes operações financeiras por parte dos órgãos competentes da Administração Direta.

Desconsiderar a adesão caracterizaria evidente violação da boa-fé, pois o fundista estaria assumindo atitude contrária a seu próprio comportamento anterior, depois de a outra parte já ter realizado providências e assumido compromissos, com base na primeira atitude do fundista, isto é, depois de a Caixa e a União já terem investido no compromisso assumido pelo fundista. Esse evidente descompasso entre o primeiro comportamento e o segundo, em que o fundista nega sua manifestação anterior, produz ilicitude manifesta (*venire contra factum proprium*). É lícito desistir de um ato ou voltar atrás numa decisão. Isso é obviamente um direito. Contudo, se a primeira manifestação de vontade já produziu efeitos jurídicos, a parte é responsável pelas consequências que se verificarem, não podendo abusar do seu direito em prejuízo de outrem. E seria isso o que ocorreria caso se admitisse ao fundista prosseguir com demanda judicial contrária ao ato jurídico perfeito e firmado de boa-fé.

2 A relutância jurisprudencial em aplicar a súmula vinculante nº 1

Todavia, nem mesmo a publicação de uma súmula vinculante foi suficiente para convencer inúmeros juízes e tribunais de que a LC 110/01 é constitucional e não viola direitos.

A Súmula Vinculante nº 1 (SV1) prevê a necessidade de se “ponderar as circunstâncias do caso concreto”. Essa ressalva é nítida redundância retórica. Presta-se apenas a enfatizar um pressuposto necessário. Afinal, é óbvio que, se houver circunstâncias especiais que o justifiquem, não só a incidência da SV1 como também a incidência de qualquer súmula, aliás, de qualquer lei, podem ser afastadas. Toda norma abstrata, necessariamente, estabelece regras gerais que somente são aplicáveis quando os fatos ou atos jurídicos em

análise se enquadram na hipótese de incidência abstratamente prevista. Havendo circunstância especial que não permita a subsunção do fato específico à norma geral, aquela norma não poderá ser aplicada no caso concreto, sendo preciso encontrar no ordenamento outra regra apta a incidir na hipótese. Ou seja, orações como “ponderar as circunstâncias do caso concreto” poderiam constar em praticamente qualquer norma abstrata que possa ser imaginada.

Entretanto, essa aparentemente singela oração subordinada foi usada para afastar a incidência da SV1 nas mais diversas situações em que não havia qualquer discussão sobre a validade ou eficácia da declaração de vontade do fundista.

Embora o termo de adesão do FGTS tenha sido criado por lei e o enquadramento no FGTS não caracterize negócio jurídico privado, mas uma vinculação estatutária cuja publicidade e autenticidade derivam da lei, diversos juízes e tribunais o rejeitaram porque não acompanhado de escritura pública, como se fosse um contrato privado que precisasse de mecanismos cartorários para dar-lhe publicidade.

Mas não era essa a única razão para se afastar a SV1.

Quando o acordo tinha data posterior à sentença, mas esta ainda estava pendente de trânsito em julgado ou de execução, julgava-se que por meio de termo de adesão não se poderia renunciar ao cumprimento do julgado.

Quando o acordo era anterior ao ajuizamento, julgava-se que o cidadão tinha o direito de desistir do acordo e questionar sua legalidade em juízo.

Quando o acordo tinha data posterior ao ajuizamento, mas anterior à sentença, julgava-se que o fato de o autor não ter requerido a extinção do processo também caracterizava posterior discordância dos termos do acordo.

Por sua vez, quando a própria Caixa juntava aos autos sua via do termo de adesão, julgava-se que ela não tinha valor se não subscrita pelo advogado do autor, isto é, o acordo não seria válido sem a anuência expressa do advogado, a despeito de não existir tal exigência na lei.

Enfim, passou-se a admitir todo pretexto possível para se desconsiderar a existência do acordo.

Todos esses julgamentos cometiam um equívoco elementar: tratavam a vinculação ao regime de pagamentos da LC 110/01 como se fosse um acordo privado, sob regime contratual, quando, na verdade, trata-se de um regime estatutário, decorrente de lei. O termo de adesão previsto na LC 110/01 é apenas o mecanismo pelo qual o trabalhador se vincula ao regime de pagamentos previsto naquela lei. Por isso, quando o STF admitiu a constitucionalidade

da LC 110/01, obviamente se deveria concluir que a forma do ato jurídico nela previsto (o termo de adesão) é suficiente para gerar os efeitos jurídicos pretendidos, independente do momento em que o termo foi assinado (se antes ou depois do ajuizamento, se antes ou depois da sentença). Aliás, a LC 110/01 foi promulgada com o objetivo explícito de pôr fim a demandas judiciais em curso, o que foi possível justamente por tratar de direitos disponíveis, cuja execução, mesmo quando amparada por sentença judicial transitada em julgado, é uma faculdade, e não uma obrigação imperativa e indisponível.

Desse modo não faz sentido exigir que o termo de adesão criado por lei demandasse escritura pública acessória para ter validade ou que precisasse ser subscrito pelo advogado do fundista, pois a forma do termo era regida por aquela lei especial (LC 110/01).

O trabalhador não estava obrigado a assinar o termo de adesão. Era uma alternativa. Se entendesse não ser vantajoso, bastava não assinar o termo e buscar seus direitos pela via judicial. Entretanto, uma vez assinado o termo, este não poderia ser desconsiderado, sob pena de se premiar a conduta contraditória e o abuso de direito.

Porém, apesar do flagrante, e absurdo, descumprimento da Súmula Vinculante nº 1, foi necessária a interposição de centenas – talvez milhares – de recursos extraordinários para que o STF pudesse julgar, quem sabe agora de maneira definitiva, se aquelas diversas situações, tomadas como fundamento para se afastar a SV1, realmente caracterizariam “circunstâncias” que legitimamente justificariam a rejeição dos acordos firmados.

E diante dessa nova avalanche de recursos extraordinários, o STF elegeu o RE 591.068-7 como modelo da controvérsia e o submeteu ao procedimento do art. 102, § 3º, da Constituição e arts. 543-A e 543-B do CPC.

3 O RE 591.068: a inusitada admissão de repercussão geral sem admissão do recurso

É possível, no entanto, que o RE 591.068 não tenha sido uma boa escolha, por uma razão processual e por uma razão de mérito.

Sob o aspecto processual, o RE 591.068 foi interposto em 27 de maio de 2004, portanto antes do advento do art. 543-A do CPC, surgido em dezembro de 2006. Então, em princípio, um recurso interposto em 2004 não poderia seguir um rito criado dois anos e meio depois.

Do ponto de vista do mérito da controvérsia, a escolha também não era a mais adequada, pois, apesar de ser um caso em que

um TRF julgou contrariamente ao entendimento consolidado no STF, o acórdão do TRF é anterior à existência da SV1, advinda apenas em 2007. Em 2004, quando o TRF julgou a apelação desse processo, o STF já tinha entendimento consolidado sobre a validade do termo de adesão criado pela LC 110/01. Porém, ainda não existiam súmulas vinculantes. Logo, embora sem dúvida fosse muito útil ter um acórdão vinculante do STF que compelisse os TRF's a julgarem que os acordos do FGTS não se submetiam ao art. 842 do Código Civil, seria talvez mais útil que se escolhesse um dentre os muitos casos em que o TRF flagrantemente desrespeitara a SV1.

Porém, possivelmente ambas essas ressalvas pudessem ser superadas se o STF tivesse chamado para si a responsabilidade do julgamento ao invés de jogar para o TRF a obrigação – que ele não tinha – de se retratar de seu próprio acórdão. Contudo, ao invés dessa solução evidente, o STF optou por adotar um procedimento não previsto em lei, que havia sido criado nos julgamentos das questões de ordem do RE 582.650 e do RE 580.108.

Ao relatar o RE 591.068, o ministro Gilmar Mendes apresentou questão de ordem ao plenário, para que a demanda recebesse a mesma solução dada aos RE's 582.650 e 580.108², em questões de ordem propostas pela relatora de ambos os casos, ministra Ellen Gracie. Esses recursos versaram sobre a aplicação da limitação da taxa de juros reais, fixada em 12% ao ano na redação original do art. 192, § 3º, da Constituição, matéria objeto de reiterados julgamentos do STF, cuja conclusão fora consolidada em sua súmula 648.³

Apesar de o procedimento aqui criticado não ter sido inventado no RE 591.068-7, as justificativas utilizadas pelo STF para invenção do procedimento, bem como as críticas apontadas aqui, são substancialmente as mesmas, tanto nos RE's sobre a limitação constitucional dos juros reais (súmula 648), como no RE 591.068, sobre a constitucionalidade da LC 110/01 (SV1). Por isso não nos deteremos em analisar os votos e debates do plenário registrados nos dois julgamentos originais. Nossa estudo se concentrará na questão de ordem do RE 591.068, acerca da SV1.

Conforme o relatório do RE 591.068, o recurso foi interposto contra acórdão que não admitiu a validade de acordo sobre correção de saldo de FGTS “por ter sido o respectivo termo de adesão firmado fora dos autos e sem observância da forma de escritura pública, o que afrontaria o disposto no art. 842 do Código Civil”.

² *No relatório e no voto constou, equivocadamente, RE 582.108, para o segundo precedente.*

³ *A questão de ordem do RE 582.650 foi julgada em 16/04/2008, com acórdão publicado em 24/10/2008. A questão de ordem do RE 580.108 foi julgada em 11/06/2008.*

Sobre o mérito da questão, o relator conclui, a fl. 1720, que “a questão constitucional aqui suscitada [...] já é objeto de súmula vinculante nesta Corte”. E prossegue:

A forma adotada para a transação, que teve fundamento na Lei Complementar 110/2001, já foi analisada por esta Corte e considerada legítima, sendo ônus da parte interessada demonstrar se, no caso concreto, diante das circunstâncias peculiares dos que formalizaram o pacto, houve prejuízo em decorrência de vício de consentimento do titular do direito. (fls. 1720-1721).

Seria então o caso de julgar procedente o recurso, sob o fundamento de que a ressalva prevista na SV1, acerca da necessidade de “ponderar as circunstâncias do caso concreto”, não permite que o termo de adesão seja desconsiderado por não ter sido subscrito por advogado, nem muito menos por ausência de escritura pública, por não ser aplicável o art. 842 do Código Civil, vez que se trata de situação especial regida pela lei especial que criou o termo de adesão (arts. 4º e 6º da LC 110/01).

O acordo fundado na LC 110/01 não constitui transação ordinária, mas verdadeira modificação no enquadramento legal do fundista. Enquadramento este que se dá pela assinatura do termo criado na LC 110/01. Não há que se falar, assim, em aplicação subsidiária do Código Civil nesse caso, pois a forma de enquadramento no FGTS, bem como a consequência jurídica processual, não é contratual, mas sim institucional, legal. Não se aplica a regra geral do Código Civil porque a opção pelos pagamentos da LC 110/01 é regulada detalhadamente pela lei especial.

Contudo, em vez dessa solução evidente, o STF optou por adotar um procedimento não previsto em lei, que havia sido criado nos julgamentos das questões de ordem do RE 582.650 e do RE 580.108. Com base nesses precedentes, o STF admitiu a repercussão geral do RE 591.068, mas, paradoxalmente, não conheceu o recurso.

Não é preciso muito esforço para perceber que a solução criada pelo STF, além de não encontrar respaldo na lei, é uma contradição em seus próprios termos. Não distribuir o recurso significa não o conhecer. Por outro lado, não é possível atestar a existência de repercussão geral sem conhecer a pretensão recursal. Reconhecer a repercussão geral pressupõe, exige, análise do mérito. Não é possível cognição sobre repercussão geral sem conhecer o mérito do recurso. A repercussão geral deve ser um atributo da pretensão jurídica submetida ao tribunal, o que equivale a dizer: é um dos aspectos do próprio mérito do recurso.

Analisaremos detidamente os elementos do acórdão para compreender suas contradições.

3.1 A ementa e o extrato da decisão exarada na ata

O RE 591.068-7 fora protocolado em 27 de maio de 2004. Antes, pois, da regulamentação do instituto da repercussão geral, que somente foi disciplinado em 19 de dezembro de 2006, pela Lei 11.418, que incluiu os arts. 543-A e 543-B no CPC. Quando da reforma de seu Regimento Interno, o Plenário do STF firmara o entendimento de que somente deveria haver a incidência do novo regime recursal para os recursos interpostos depois de sua regulamentação pelo CPC, ao fundamento de que a repercussão geral é um novo requisito de admissibilidade do RE e o CPC inclusive estabelece requisitos formais de comprovação, que devem ser atendidos pela petição recursal. Diante do princípio de que a processual só pode incidir a partir de sua vigência, os RE's interpostos antes da entrada em vigor do art. 543-A do CPC não poderiam ser afetados pelo regime da repercussão geral.

Esse também foi o caso dos RE's 582.650 e 580.108, acerca da constitucionalidade das taxas de juros. Naqueles recursos, o que o STF fez, em questões de ordem levantadas nesses RE's, relatados pela ministra Ellen Gracie, foi voltar atrás no princípio de que a lei processual não retroagiria. O objetivo foi evitar que seguidos recursos sobre matéria já julgada pelo STF, e já objeto de súmula, continuassem a chegar ao tribunal. Naqueles casos, já havia a súmula 648. Mas mesmo assim os tribunais federais e estaduais continuavam a julgar contrariamente ao STF, obrigando as partes a recorrerem ao Supremo Tribunal.

Numa medida desesperada, e ingênuas, o STF resolveu aplicar retroativamente o regime da repercussão geral aos RE's interpostos antes da regulamentação do instituto, numa tentativa de sensibilizar os tribunais de origem a observar a jurisprudência do Supremo. Desesperada porque deixa evidente a frustração dos ministros ao perceberem que, mesmo com a súmula 648, os tribunais de apelação insistiam em não seguir o STF. A devolução dos RE's aos tribunais de origem, para novo julgamento, soa como uma súplica, como um pedido de favor. Afinal, legalmente, os arts. 543-A e 543-B do CPC somente impõem ao tribunal de apelação exercer juízo de retratação se, e somente se, o Supremo tiver julgado o mérito de RE com repercussão geral. Mas o Supremo não teve a coragem de assumir a aplicação retroativa do art. 543-A do CPC. Talvez tenha ficado constrangido em julgar contra seu próprio Regimento Interno. Aplicou a repercussão geral pela metade, acreditando que obrigaría os tribunais de origem a refazerem seus julgamentos, sem

necessidade de o próprio Supremo atuar. A medida soa ingênuas porque, se o tribunal de origem já desrespeitara o STF no primeiro julgamento, não haveria razão para acreditar que faria uma retração sem uma lei que o impusesse.

Ao que parece, o STF tinha a ilusão de que os tribunais de origem apenas desrespeitavam a súmula 648 porque ela não tinha efeitos vinculantes impostos pela lei. Como os RE's sobre a matéria eram todos anteriores ao art. 549-A do CPC, o STF parece ter acreditado, num juízo simplório, que estava fadado a continuar julgando aquele tema eternamente, só porque a súmula 648 não era vinculante e os RE's não tinham repercussão geral. Então, bastaria dar ao RE o aspirado efeito da repercussão geral e isso seria suficiente para sensibilizar os tribunais de origem de sua obrigação de aplicar a súmula 648. Seria como, por um passe de mágica, dar efeitos vinculantes à súmula 648.

No caso do RE 591.068, ora em análise, acontecia o mesmo. Talvez o STF tenha acreditado que os tribunais só desrespeitavam sua jurisprudência sobre a LC 110/01 porque se tratava de julgados anteriores à SV1. Todavia, se os ministros tivessem feito uma pequena pesquisa em seus gabinetes, teriam descoberto que havia incontáveis RE's sobre a mesma controvérsia do RE 591.068, porém relativos a acórdãos posteriores à SV1. Isso faz com que o desrespeito ao Supremo, neste caso, fosse ainda muito mais grave do que aquele constatado nos RE's 582.650 e 580.108, pois, reiteradamente, acórdãos de todos os TRF's vinham se recusando a aplicar uma súmula com efeitos vinculantes.

Apesar disso, optou-se por devolver a demanda ao tribunal de origem. O STF deveria ter se perguntado: um tribunal que não se sentira coagido nem mesmo por uma súmula com efeitos vinculantes se sentiria na obrigação de refazer seu acórdão com base num RE que o próprio Supremo não admitiu?

No julgamento do RE 591.068, o relator foi enfático ao constatar a repercussão geral:

Além de haver jurisprudência dominante, não há dúvida, inclusive porque se trata de matéria objeto de súmula vinculante, que a questão constitucional tem relevância social, jurídica e econômica, envolvendo interesses de milhares de titulares de contas vinculadas e do próprio Fundo de Garantia. (fls. 1721-1722).

No mérito, admitiu expressamente que o acórdão recorrido confrontava a jurisprudência unânime do Supremo:

A decisão recorrida limita-se a registrar que a transação se deu fora dos autos, sem utilização de escritura

pública e sem a presença de advogado, **deixando de avaliar se este procedimento resultou objetivamente em prejuízo não consentido ou ignorado pelo titular da conta vinculada.**

[...]

TRATA-SE, POIS, **DE MATÉRIA JÁ EXAUSTRIVAMENTE DECIDIDA NESTA CORTE, NA LINHA CONTRÁRIA À QUE FOI ADOTADA PELO ACÓRDÃO RECORRIDO.** (fls. 1720-1721, destaque nossos).

Apesar disso, o relator sustentou que “a lei não estabeleceu, entretanto, o procedimento a ser adotado nesta Corte e nos Tribunais e Turmas Recursais de origem, quando esta situação se verificar” (fl. 1722).

A afirmação só é compreensível se entendermos que o que se quis dizer foi que a lei não previu a possibilidade de se dar os efeitos da repercussão geral a um recurso interposto antes da regulamentação desse instituto. Esse foi justamente o fundamento para divergência proferido pelo ministro Marco Aurélio.

A irretroatividade da lei processual é ponto fundamental do Estado de Direito. Todavia, desde que o STF não rejeitasse o recurso sob o pretexto de não atender requisito processual criado posteriormente à sua interposição, seria possível sustentar ausência de prejuízo às partes. Acredito ser possível sustentar a possibilidade de aplicação da repercussão geral desde que a partir da fase processual em que o recurso se encontrava e desde que não houvesse prejuízo às partes.

Sem dúvida seria uma grave violação de direito se o STF exigisse que nas petições de recursos interpostos antes da existência do art. 543-A do CPC houvesse demonstração da repercussão geral como requisito de admissibilidade. Porém, em princípio, não violaria qualquer garantia fundamental se o STF, sem exigir a presença desse requisito na petição, constatasse, ele próprio, a partir de outros elementos existentes nos próprios autos, a existência da repercussão geral e, com base nesse juízo, conferisse ao recurso os efeitos do art. 543-A, ainda que interposto antes da vigência desse artigo.

Ou, melhor explicando, o art. 543-A não poderia jamais ser utilizado para negar seguimento a recurso. Porém, não haveria qualquer prejuízo a nenhuma das partes se, conhecido o mérito do recurso, o Supremo, em respeito ao princípio da efetividade, conferisse ao julgamento de mérito os efeitos do art. 543-A, pois estaria a realizar ato processual compatível com a fase do processo. Certamente seria absurdo exigir que o recurso atendesse a requisitos de admissibilidade que não existiam ao tempo em que o recurso foi protocolado. Mas não me parece absurdo apli-

car ao recurso os efeitos vinculantes da repercussão geral, pois estar-se-ia aplicando a lei processual exclusivamente a partir da fase em que o processo se encontrava, isto é, permitindo-se ao STF que proferisse julgamento de mérito, tal qual o faria antes da mudança do CPC, mas apenas dando ao acórdão efeitos vinculantes.

Sem dúvida que essa é uma tese que deve ser mais bem desenvolvida. É possível admitir alguma ressalva. Todavia, se o Supremo acreditava que o RE 591.068 possuía repercussão geral, a despeito de ter sido interposto antes da regulamentação desse instituto, o tribunal feio melhor favor à democracia e à lógica processual se tivesse enfrentado ele próprio o mérito do recurso, assumindo o ônus de aplicar os efeitos da repercussão geral a partir da fase em que o processo se encontrava, do que ter delegado seu papel ao devolver os autos à origem.

Estaria resolvida a questão e os tribunais de origem não teriam pretexto para recorrer à ponderação das “circunstâncias do caso concreto” para afastar a LC 110/01 e a jurisprudência do Supremo. Porém, o relator, com base no pressuposto falacioso de que a lei seria omissa, justificou a adoção de procedimento contrário à lei da seguinte forma:

O caso que trago à consideração deste Plenário, nesta questão de ordem, diz respeito aos procedimentos relacionados ao regime de julgamento dos recursos extraordinários, frente ao novo pressuposto de admissibilidade: a repercussão geral.

Refiro-me às matérias que não precisam ser levadas ao julgamento de mérito pelo Plenário ou pelas Turmas, por já haverem sido enfrentadas, formando jurisprudência dominante, nesta Corte. (fl. 1719).

Impunha-se, portanto, extraír do texto solução que valorizasse o regime jurídico, a efetividade, a objetividade e a finalidade do novo instituto, garantindo-se prestígio à jurisprudência aqui já consolidada. Vale dizer, tornando desnecessário levar a novo julgamento cada uma das questões constitucionais já pacificadas pelo Supremo Tribunal Federal. (fl. 1722).

Ademais, enquanto esta corte não afirmar de forma expressa que incidem os efeitos da repercussão geral nessas hipóteses, as presidências ou vice-presidências dos tribunais e turmas recursais não se considerarão autorizadas a devolver os autos para efeito de retratação pelos órgãos fracionários que hajam proferido decisões contrárias ao entendimento desta corte. E este tribunal permanecerá tratando os recursos individualmente, ao invés de permitir a adoção do julgamento objetivo inaugurado pela reforma constitucional, que criou o pressuposto. (fl. 1723).

Ao que parece, o STF se equivocou quanto às razões do RE 591.068. Não havia a suposta dificuldade, por parte das presidências e vice-presidências dos demais tribunais, de devolver os autos para retratação. Pelo contrário, foi a solução inventada pelo STF que criou essa dificuldade. O que existia era um TRF que se negara a seguir a jurisprudência do Supremo.

O desafio a ser enfrentado era o de tribunais regionais que insistiam em não acatar o entendimento do STF, sob o pretexto de que a ponderação das “circunstâncias do caso concreto” justificaria desconsiderar termos de adesão firmados conforme a lei.

Daí se conclui que as razões do STF não foram processuais, mas políticas. A invenção do STF só pode ser compreendida como desesperada tentativa de forçar o tribunal de origem a obedecer à jurisprudência do Supremo.

Não se tratava de hipótese sem definição legal específica, mas sim do objetivo de redução de estoques de processos frente à relutância do Judiciário em seguir normas impostas pelo próprio Judiciário. O objetivo subliminar à questão de ordem no RE 591.068 não foi suprir lacuna da lei; foi obrigar o tribunal de origem a refazer seu julgamento sem necessidade de trabalho por parte do STF.

Contudo, infelizmente (e previsivelmente), ao não cumprir o papel que lhe cabia, o STF apenas permitiu que todos os tribunais de origem passassem a fazer da súmula vinculante não mais que uma letra morta. É o que será mostrado adiante.

3.2 A ementa e o extrato da decisão

Na nossa prática judicial cotidiana, a análise de precedentes é feita, quase integralmente, apenas pela leitura de ementas. É muito fácil constatar que, em qualquer instância, desde decisões interlocutórias até os julgamentos de mérito, a fundamentação dos julgados em regra se resume à reprodução das ementas, não se atentando para peculiaridades existentes nos relatórios e nos votos.

O STF já decidiu que, para cabimento de embargos de divergência e embargos infringentes (art. 331 do Regimento Interno do STF), não se admite a comprovação da divergência apenas pela transcrição das ementas (RE 222.041-EDv, DJ de 31/5/2002). Também já decidiu que não cabem embargos de declaração para correção de ementa (Rp 1.056-ED, RTJ 115/542). Mesmo considerando

⁴ *O STJ admite embargos de declaração para correção de ementa (EDREsp. 214.088, publicado em 10/04/2000).*

a existência de precedentes posteriores contrários⁴, é possível afirmar que, em princípio, a ementa não tem conteúdo decisório.

Apesar disso, os repositórios oficiais de jurisprudência são organizados a partir das ementas dos acórdãos. E não por outra razão o art. 563 do CPC determina sua obrigatoriedade em todo acórdão publicado. Como os repositórios oficiais consideram apenas a ementa, isso significa que os próprios tribunais não realizam, em regra, a comparação de julgados a partir do inteiro teor dos votos. Do mesmo modo, as ferramentas de pesquisa eletrônica de jurisprudência dos tribunais – inclusive do STF – não fazem buscas no conteúdo dos votos, mas apenas nos ementários nas outras informações indexadas, como legislação citada e extratos das decisões.

Por isso creio que a aplicação descontextualizada de ementas não é fruto de mera displicência. Não é um equívoco grosseiro cometido por advogados que tentam torcer a jurisprudência a seu favor, nem por juízes despreparados ou apressados pela urgência de dar andamento a pilhas de processos. Embora caiba ao advogado e ao juiz estudar a integralidade do precedente antes de tomá-lo como fundamento para seu pedido ou para sua decisão, não se pode desconsiderar o fato de que nossa prática institucional de organização e catalogação de precedentes é feita a partir da produção, organização e compilação de ementas.

Nos ordenamentos jurídicos do *civil law*, como é o caso do Brasil, os mecanismos de estabilização de expectativas normativas da sociedade são focados nas normas de caráter geral e abstrato exaradas pelo Poder Legislativo. Nos últimos anos, porém, a utilização de precedentes jurisprudenciais para disciplinar conflitos jurídicos tem ganhado especial importância, tanto por meio de ações diretas de controle de constitucionalidade abstrato, quanto por via de controle incidental. Mas em termos históricos ainda é uma novidade. Por isso é natural que a organização dos sistemas de precedentes, no *civil law*, reproduza formatos típicos de atos legislativos, pois esse é o modelo que nos é familiar. Acredito ser essa uma das razões por que nosso primeiro grande sistema de organização de precedentes – as súmulas de jurisprudência dos tribunais – deu-se por meio da elaboração de enunciados gerais e abstratos, à semelhança de dispositivos de lei.

Desde que o STF, sob a inspiração do ministro Victor Nunes Leal, inaugurou nossa primeira grande ferramenta de sistematização de precedentes, buscou-se sintetizar os entendimentos do tribunal por meio da lógica típica do processo legislativo. A súmula do STF – e de qualquer tribunal brasileiro – é composta de enunciados cuja redação é definida ao final de um processo adminis-

trativo no qual um texto é proposto, justificado por seu autor, debatido e depois votado pelo plenário, tal como ocorre com um projeto de lei. Ao final desse processo, publica-se um enunciado conciso, geral e abstrato, tal qual um dispositivo de lei.

Esse modelo mental também impregnou a elaboração de ementas de acórdãos. Por exemplo, o ex-ministro do STJ, Ruy Rosado de Aguiar Júnior, em artigo sobre a técnica de elaboração de ementas, toma como um de seus parâmetros, ainda que de passagem, as Leis Complementares 95/98 e 107/01, sobre a elaboração e redação de leis (AGUIAR JÚNIOR, 2008).

O texto de muitas ementas permite constatar a preferência pela redação de sentenças genéricas, frequentemente com elevado grau de abstração, não raro perdendo-se o contato com fundamentos de fato decisivos para o julgamento, o que compromete a comunicação do conteúdo decisório. Essa ênfase desconsidera que, num conflito entre interesses concretos, pode ser muito mais importante destacar o motivo da decisão, o fundamento fático, do que a mera declaração aos moldes de “é lícito/não é lícito” ou “é constitucional/não é constitucional”. Isso fica especialmente visível em ementas sobre embargos de declaração. As ementas quase invariavelmente se resumem a reproduzir, com outras palavras, o art. 535 do CPC, não permitindo ao leitor saber por que razão, naquele caso, o tribunal entendeu não estar configurado o defeito formal alegado. Repetir o texto da lei é redundante e inútil. A ementa só tem serventia se informar por que não houve, naquele caso, a alegada obscuridade, contradição ou omissão. Em vez disso, apresentam-se fórmulas gerais do tipo “não cabem embargos de declaração quando não configurada omissão”, como se pudesse haver dúvida quanto a esse princípio, em abstrato, que aliás já consta no CPC.

A título de comparação, tomemos como exemplo a aplicação de precedentes num ordenamento da tradição do *common law*. Nos EUA, os julgamentos de sua Suprema Corte também são resumidos em sinopses que recebem o nome de *syllabus*. Essa palavra também é usada em Portugal para se referir ao resumo dos julgamentos. Porém, no sistema do *common law* a sinopse dos julgados é construída de forma diferente das nossas ementas, pois a estabilização das expectativas normativas deriva, em maior medida, da própria jurisprudência. E como a jurisprudência não é composta por dispositivos gerais e abstratos, mas sim por julgados a respeito de conflitos de interesses concretos, a elaboração do *syllabus* na tradição americana leva em conta a necessidade de especificar as polêmicas jurídicas sobre as quais o tribunal se manifestou, a fim de se permitir identificar, com maior precisão, o alcance e os limites do precedente.

O *syllabus*, no direito americano, tem função similar às nossas ementas. Seu objetivo é resumir o julgamento. Tal como nossas ementas, não faz coisa julgada, nem tem conteúdo decisório. Contudo, diferente de nossas ementas, ele não é elaborado sob a forma de palavras-chave e não costuma conter declarações abstratas descontextualizadas dos fundamentos dos votos. Por exemplo, veja-se o *syllabus* do célebre caso Grutter v. Bollinger - 539 U.S. 306 (2003).⁵ Esse *syllabus* contém cinco páginas. E não se concentra na conclusão do julgamento, mas sim nos pressupostos de fato e de direito considerados pelo julgado. Ou seja, em vez de resumir a conclusão do acórdão, o *syllabus* tem a finalidade de informar o leitor sobre o contexto do julgamento e as pretensões em conflito. Isso permite identificar melhor as situações em que o precedente poderá ser aplicado, distinguindo-as daquelas que fujam ao contexto considerado pelo acórdão. Assim, para se conhecer o conteúdo da decisão, é necessário ler integralmente o voto vencedor (*opinion of Court*).⁶

Na realidade brasileira, pelo contrário, juízes de todos os tribunais – muitas vezes os mesmos que não admitem comprovação de divergência por transcrição de ementas – fundamentam seus julgamentos exclusivamente em ementas. E isso é amplamente admitido pelo STF, que também compartilha dessa prática. Não se trata, pois, de simples vícios de leitura e interpretação, mas sim de um elemento constitutivo do nosso sistema de precedentes, uma característica da metodologia de análise e organização institucional da jurisprudência brasileira.

Um dos fundamentos da nossa crítica é justamente que o procedimento criado pelo STF, e aplicado no RE 591.068, além de ser contrário ao previsto na lei, levou a erro os juízes das demais instâncias. Isso ocorreu não por simples preguiça dos magistrados em ler o inteiro teor do acórdão do RE 591.068, mas porque, apesar de constar no voto vencedor que o acórdão recorrido deveria ser reformado, isso não ficou claro nem na ementa nem, principalmente, na decisão final exarada.

Vejamos a ementa do acórdão do RE 591.068:

QUESTÃO DE ORDEM. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. MATÉRIAS NAS QUAIS HÁ JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA PELO PLENÁRIO. APPLICABILIDADE DO REGIME DOS ARTS. 543-A E 543-B DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. FGTS. EXPURGOS IN-

⁵ *Inteiro teor disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/539/306/case.html>>.*

⁶ *Para consultar os julgamentos da Suprema Corte Americana e visualizar a estrutura de apresentação dos acórdãos, ver: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/>>.*

**FLACIONÁRIOS. VALIDADE DO TERMO DE ADESÃO.
SÚMULA VINCULANTE N° 01.**

1. Aplica-se o regime da repercussão geral às questões constitucionais já decididas pelo STF, cujos julgados sucessivos ensejaram a formação de súmula ou jurisprudência dominante.
 2. Necessidade de pronunciamento expresso desta Corte sobre as questões constitucionais dotadas de repercussão geral, para que, nas instâncias de origem, possam ser aplicados os efeitos do novo regime, em especial, para fins de retratação de decisões e inadmissibilidade de recursos sobre o mesmo tema.
 3. Possui repercussão geral a discussão sobre a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar 110/2001, para pagamento das diferenças relativas aos expurgos inflacionários sobre os saldos das contas vinculadas de FGTS.
 4. Matéria já enfrentada por esta Corte em vários julgados, colegiados e monocráticos, que consagraram o entendimento consolidado na Súmula Vinculante nº 1, segundo o qual, ofende a garantia constitucional do ato jurídico perfeito a decisão que, sem ponderar as circunstâncias do caso concreto, desconsidera a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar 110/2001.
- 5. Questão de Ordem resolvida no sentido de se negar a distribuição deste recurso extraordinário, bem como de todos os demais versando sobre idêntica controvérsia, devolvendo-se os autos à origem, para a adoção do novo regime legal.**

A decisão foi exarada na ata nos seguintes termos:

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do relator, Ministro Gilmar Mendes (Presidente), resolveu a questão de ordem no sentido de reconhecer a repercussão geral da questão constitucional analisada, reafirmar a jurisprudência desta Corte quanto ao tema e denegar a distribuição do presente recurso extraordinário, bem como de todos os demais versando a mesma matéria, devolvendo-se os autos à origem para adoção dos procedimentos previstos no artigo 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil, vencido parcialmente o Senhor Ministro Marco Aurélio que, neste ponto, distingua os recursos anteriores dos posteriores à regulamentação do instituto, nos termos de seu voto. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Celso de Mello. (grifos nossos).

A ementa é nada explicativa. Seus itens 1 e 2 são um exercício de tautologia. Em suma, o que o item 1 dispõe é: aplica-se o regi-

me de repercussão geral quando o STF já decidiu que há repercussão geral. Afinal, se há súmula ou se há precedentes sucessivos, como se declara ali, é porque, logicamente, a matéria tem repercussão geral. Aliás, é uma transcrição – mais prolixo – do que já consta no § 3º do art. 543-A do CPC.

Da mesma forma, o que se depreende do item 2 é: se há repercussão geral, aplica-se o regime legal da repercussão geral. Ora, se a questão tem repercussão geral, é óbvio que o tribunal precisa se pronunciar sobre ela para que as instâncias de origem apliquem o novo regime legal. É, pois, outro item totalmente dispensável.

Por sua vez, os itens 3 e 4 da ementa não são frases tautológicas. Mas são redundantes em relação à SV1. Neles se declara que a validade e a eficácia do termo de adesão criado pela LC 110/01 – que já é tratado pela SV1 – têm repercussão geral. Vez que o tema é tão importante a ponto de ter gerado a primeira súmula vinculante da história, é evidente que tem repercussão geral. Qualquer advogado ou juiz que busque nesses itens uma orientação sobre o alcance ou sobre os limites da interpretação da SV1 nada encontrará, pois eles apenas repetem o que está na própria SV1. Ou seja, mais dois itens inúteis.

Em nenhum trecho há consideração sobre o fato de o RE ter sido interposto antes da existência do art. 543-A do CPC, nem sobre o fato de o acórdão, apesar de contrário à jurisprudência do STF já existente à época, ser anterior à SV1. Nenhuma consideração sobre o que houve de realmente específico nesse julgamento.

Por fim, o item 5 da ementa é o único que revela algo do conteúdo daquilo que foi debatido e decidido no julgamento do recurso. Entretanto, é incompleto e induz a erro os magistrados das instâncias de origem, pois nele não consta a determinação de que o tribunal de origem deveria retratar-se de seu julgamento, a despeito da não admissão do recurso.

Consta ali que o STF decidiu “negar a distribuição deste recurso extraordinário, bem como de todos os demais versando sobre idêntica controvérsia, devolvendo-se os autos à origem, para a adoção do novo regime legal”.

Porém, o que o “novo regime legal” determina é que os tribunais de origem somente devem exercer juízo de retratação se o recurso extraordinário com repercussão geral tiver sido conhecido.

Por sua vez, o extrato da decisão também não informa o que foi de fato decidido no plenário: pelo contrário: o extrato da decisão é ainda mais expresso ao determinar a devolução dos “autos à origem para adoção dos procedimentos previstos no artigo 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil”. Mas o que esse artigo determina é que o tribunal de origem só deve realizar juízo de retratação

quando o RE for conhecido. Dessa maneira, a decisão dá a entender que o tribunal de origem deve manter a decisão recorrida, embora, de fato, o voto vencedor tenha determinado exatamente o contrário, ao reconhecer que o acórdão recorrido é contrário ao entendimento do STF e caberia ao tribunal de origem reformá-lo.

De acordo com o “novo regime legal”, as instâncias de origem somente estão obrigadas a realizar novo julgamento – a retratação – na hipótese de o recurso ter tido seu mérito devidamente apreciado (art. 547-B, § 3º, do CPC):

Art. 547-B

§ 3º **Julgado o mérito do recurso extraordinário**, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se. (grifos nossos)

Essa é a razão pela qual o julgamento do RE 591.068 conduz as instâncias de origem a erro. Apesar de o plenário ter negado distribuição ao recurso, o conteúdo do voto determina que o acórdão recorrido deveria ser reformado pelo tribunal *a quo*. Mas como formalmente o mérito do recurso não foi conhecido, a aplicação do art. 547-B, § 3º, do CPC não autoriza o procedimento inventado pelo STF. Diante da devolução dos autos sem admissão do recurso, o tribunal *a quo* está legalmente autorizado a certificar o trânsito em julgado do acórdão recorrido e o consequente retorno dos autos à primeira instância, mantendo o acórdão contrário à súmula vinculante. E foi o que o TRF fez.

Um dos princípios processuais mais elementares é que uma decisão só pode ser alterada se for reformada pela instância superior. Mesmo no processamento de apelações em que o tribunal não conhece seu mérito e determina o retorno dos autos à origem para, por exemplo, complementação de provas que haviam sido indeferidas na fase de instrução, o primeiro julgamento é substituído pelo acórdão, ficando o juiz de primeira instância obrigado a proferir nova sentença. O regime da repercussão geral não é exceção àquele princípio. Sua única especificidade é que o acórdão da instância superior, além de reformar a decisão anterior proferida na mesma ação, também se presta a reformar decisões proferidas em outras demandas, cujo processamento esteja sobrestado. Contudo, inexoravelmente, é necessário haver julgamento de mérito do recurso.

Em conclusão, se, com base no RE 591.068, o tribunal de apelação deixa de exercer o juízo de retratação sob o fundamento de que o recurso extraordinário a respeito da matéria sequer foi admitido, a culpa de seu equívoco não pode ser atribuída à mera

displícência, mas à própria solução inventada pelo STF. Não conhecido o RE afetado à repercussão geral, não se pode culpar os tribunais *a quo* por não exercerem juízo de retração.

Apesar de, formalmente, o recurso não ter sido sequer distribuído, ele foi apreciado de fato e, objetivamente, o STF entrou no mérito da matéria. Decidiu expressamente que se tratava de caso em que a LC 110/01 não poderia ter sido afastada, como fez o tribunal *a quo*.

Porém, mesmo admitindo expressamente que o acórdão recorrido violava a SV1, o STF optou por não admitir o recurso, deixando ao tribunal de origem a obrigação de refazer o julgamento, sem que existisse qualquer norma legal que o obrigasse a fazê-lo. Na prática, o acórdão recorrido foi mantido pelo STF. Legalmente, isso permitiu a todos os TRF's manterem seus acórdãos contrários à súmula vinculante nº 1.

O STF parece ter acreditado que, por meio do procedimento inventado, ficaria desobrigado de julgar o recurso e obrigaria o tribunal a exercer sua retratação. Porém, nenhum dos objetivos foi alcançado. Na prática, o STF julgou em plenário o recurso e analisou tanto a existência de repercussão geral como a situação daquele processo. Ou seja, não houve diminuição do trabalho no caso concreto. E também não haverá redução de trabalho nos casos semelhantes, pois a denegação do processamento permitiu aos tribunais de origem entenderem que os recursos sobrepostos foram prejudicados (art. 543-C, § 3º), forçando a Caixa Econômica Federal a ajuizar novos recursos contra essas decisões. Recursos que, inevitavelmente, irão acabar chegando ao STF.

Em vez de extrair do texto solução que valorizasse a efetividade e finalidade do instituto, para usar as palavras do relator, o STF acabou apenas por postergar a questão em alguns casos e, em outros, por permitir o descumprimento da SV1, isto é, negou a efetividade a sua própria jurisprudência.

3.3 A pertinente advertência do voto divergente

O ministro Marco Aurélio Mello proferiu o único voto divergente, fazendo juntar ao acórdão o trecho de seu voto proferido no julgamento do RE 582.650-3/BA quando o procedimento de se admitir a repercussão geral sem admissão do recurso foi inventado. O foco de seu argumento foi a aplicação retroativa da lei processual aos recursos interpostos antes da vigência do art. 543-A do CPC. O ministro enfatizou que o procedimento inventado conflita com decisões anteriores nas quais o STF consolidara entendimento de que a repercussão geral somente seria aplicável aos recursos extra-

ordinários interpostos depois da sua regulamentação pelo CPC. Ressaltou, sobretudo, que essa conclusão fora consagrada até mesmo quando da reforma do Regimento Interno do STF e, portanto, a repentina invenção do STF traria insegurança jurídica para o sistema.

Mas também ressaltou a impossibilidade fática de se conhecer a repercussão geral sem conhecer o próprio recurso, por “entender não caber: primeiro, trazer o processo em questão de ordem, sem entrar em pauta, para decidir-se algo que poderá fulminar o recurso da parte; segundo, trazer o processo em questão de ordem sem que tenha sido distribuído” (fl. 1727).

Suas observações são muito pertinentes à crítica aqui elaborada:

O pragmatismo pode e deve ser observado, mas sem atropelo à legislação instrumental. [...] Sem surpreender as partes envolvidas no processo. [...] Aprendi desde cedo, ainda nos bancos da Nacional de Direito, que cada processo é um processo, e que a bateção de carimbo, em termos de pronunciamento judicial, não cabe. (fl. 1727).

3.4 Os precedentes que instruíram a súmula vinculante nº 1

A SV1 foi criada por meio do processo administrativo 327.879/2007, tendo sido aprovada pelo plenário do STF em 30/5/2007 e publicada em 6/6/2007.⁷

Conforme consta no processo administrativo, a SV1 foi baseada nos seguintes precedentes: RE 418.918, DJ de 1/7/2005; RE 427.801 AgR-ED, DJ de 2/12/2005; e RE 431.363 AgR, DJ de 16/12/2005. Todos esses três precedentes versam sobre a constitucionalidade do Enunciado 21 das Turmas Recursais da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, que estabelecia:

O trabalhador faz jus ao crédito integral sem parcelamento, e ao levantamento, nos casos previstos em lei, das verbas relativas aos expurgos de índices inflacionários de janeiro de 1989 (42,72%) e abril de 1990 (44,80%) sobre os saldos das contas de FGTS, **ainda que tenha aderido ao acordo previsto na Lei Complementar 110/2001**, deduzidas as parcelas porventura já recebidas. (grifos nossos).

Não nos surpreende que a primeira súmula vinculante tenha sido editada para anular uma súmula de outro tribunal. Mais uma

⁷ *O debate de aprovação, em que se informam as justificativas da proposta, está disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/DJE_20070810_078.pdf>.*

vez, demonstra-se nossa prática de organização de precedentes a partir de enunciados gerais e abstratos, que fogem a considerações acerca do caso concreto.

Nos relatórios e votos desses três precedentes fica claro que a discussão resume-se essencialmente à legalidade e constitucionalidade do termo de adesão criado pela LC 110/01.

No acórdão recorrido no RE 418.918, consta como fundamento:

A intenção do trabalhador ao manifestar a vontade através da celebração da transação não correspondia às reais consequências advindas do ato. Na verdade, provavelmente a renúncia a direitos ocorrida com a assinatura do mencionado acordo tinha como único objetivo evitar longa espera pela solução judicial, pela via ordinária.

[...]

Tendo em vista que os estabelecimentos bancários, na qualidade de prestadores de serviços, vinculam-se à disciplina do Código de Defesa do Consumidor, é de concluir-se que as cláusulas expressas no Termo de Adesão, em prejuízo do trabalhador, são nulas, uma vez que traduzem renúncia a direitos sem que haja compensação que valide a onerosidade suportada.

O plenário do STF acompanhou o entendimento do relator, que entendeu que não haveria a alegada nulidade, pois não seriam aplicáveis ao caso as garantias do CDC, sob o fundamento de que inúmeros precedentes do STF já haviam

assentado o entendimento de que o FGTS não tem natureza contratual, mas estatutária [...]. Assim, decorre de lei, e pela lei é disciplinado, não havendo falar-se em relação de consumo a ser regulada, mesmo que sob o enfoque da garantia inscrita no art. 5º, XXXII, ou dos princípios regedores da atividade econômica (art. 170, IV, da Constituição). (fl. 1122).

Concluiu o relator que o afastamento geral dos acordos firmados com base na LC 110/01 equivaleria “a uma declaração de inconstitucionalidade, a teor do que consagram diversos precedentes deste tribunal” (fl. 1124).

Nos debates transcritos do RE 418.918, assim como nos outros dois precedentes que instruíram a aprovação da SV1, lê-se que os ministros esforçaram-se para identificar se teria havido alguma circunstância concreta que poderia levar, naqueles casos, à invalidação dos termos de adesão. Porém, nada disso havia nos autos, nem constava como fundamento das decisões recorridas. Portanto, o fundamento dos acórdãos recorridos era pura e simplesmente a

nulidade dos termos de adesão em razão da constitucionalidade dos dispositivos da LC 110/01 que os criaram.

Essa foi a origem da redação da SV1. Sua redação reflete os processos que fundamentaram sua elaboração. Neles se discutia a invalidade geral dos arts. 4º, 5º e 6º da LC 110/01. Os precedentes que instruíram a criação da SV1 não tratavam da rejeição a um termo de adesão específico, por ausência de certa formalidade, a exemplo do que ocorria no RE 591.068. Os precedentes que instruíram a criação da SV1 julgavam uma súmula dos Juizados Especiais Federais do Rio de Janeiro que, genericamente, invalidava qualquer ato feito com base naqueles artigos da LC 110/01.

Foi isso que não percebeu o relator do RE 591.068. O fundamento do acórdão recorrido no RE 561.068 não foi a constitucionalidade abstrata do termo de adesão, como era o caso dos RE's contra a súmula do JEF/RJ. A controvérsia nele era sobre formalidades acessórias das quais, supostamente, o termo de adesão deveria se revestir para ser aceito em juízo, como fundamento para extinção de ações judiciais.

A SV1 foi elaborada com base em precedentes em que havia declaração incidental de constitucionalidade de dispositivos da LC 110/01. No RE 591.068, por sua vez, não houve no acórdão recorrido declaração incidental de constitucionalidade. Declarou-se a invalidade do termo de adesão com base naquilo que o TRF entendia serem vícios de forma. O TRF não afastou a constitucionalidade da LC 110/01; apenas declarou a aplicação subsidiária do Código Civil.

Bastaria ao STF declarar que aquelas circunstâncias apontadas no acórdão recorrido não eram suficientes para afastar a LC 110/01 e que o Código Civil não seria aplicável nessas ações. Em vez disso, o STF inventou um procedimento que acabou, inadvertidamente, mantendo todos os acórdãos contrários à súmula vinculante nº 1.

Conclusão: o destino do RE 591.068

O RE 591.068 teve origem no processo 2002.70.02.003429-4, ajuizado na vara federal de Foz do Iguaçu/PR, cuja apelação fora julgada pelo TRF da 4ª Região.

Ao retornarem os autos ao TRF de origem, a presidência, como seria previsível, apenas certificou o trânsito em julgado sob o fundamento de que o RE vinculante não fora admitido. Os autos não foram remetidos à turma julgadora para retratação, como esperava o STF. Foram enviados à primeira instância, para execução do julgado contrário à SV1.

Na primeira instância, os advogados da Caixa insistiram a respeito do conteúdo da questão de ordem do RE e o juiz remeteu os

autos novamente ao TRF, para que cumprisse a determinação do STF, “por entender que deva haver pronunciamento desta Corte acerca da manutenção ou retratação do acórdão proferido em sede de apelação”.

Todavia, o presidente do TRF, após constatar “que os presentes autos são aqueles selecionados como paradigma pelo Supremo Tribunal Federal para pronunciamento sobre a validade e a eficácia de acordo constante de termo de adesão instituído pela Lei Complementar nº 110/2001”, sustentou que o recurso não teria sido admitido e, com base nisso, julgou “incabível a providência indicada pelo Juízo de origem”.

Assim, aconteceu exatamente o oposto do que o STF esperava. Não houve nem retratação, nem, tampouco, respeito à reiterada jurisprudência dominante do STF. A súmula vinculante nada vinculou.

E os milhares de acórdãos que haviam rejeitado a aplicação da SV1, e estavam sobrestados aguardando o julgamento do RE 591.068, também tiveram o mesmo destino. Ninguém respeitou o STF.

Pelo menos, esse caso talvez sirva de exemplo para que se compreenda que, tal como nenhuma lei se aplica por si mesma, o mesmo vale para qualquer acórdão do STF, ainda quando dotado de repercussão geral. E também vale para qualquer súmula, ainda que vinculante. O desejável objetivo da uniformização da jurisprudência constitucional não será alcançado por fórmulas de gabinete, como esse caso demonstra bem.

Havia aqui uma lei declarada constitucional reiteradamente pelo STF. Havia uma súmula vinculante (significativamente, a de número 1). E, se não bastasse, houve ainda um RE com repercussão geral, como última tentativa de dar força vinculante à jurisprudência do STF. Mas tudo isso não foi suficiente para que os juízes obedecessem ao Supremo e se sentissem vinculados pela súmula vinculante.

Talvez seja o momento de, esgotadas as invenções da lei e da jurisprudência, começarmos a discutir seriamente a responsabilidade pessoal dos magistrados pelo conhecido fenômeno das *leis que não pegam*, bem como refletirmos sobre a necessidade de mudança na postura dos juízes diante de leis e precedentes que eles próprios deveriam cumprir. Não será possível superar a ideia de que o Brasil é um país de *leis que não pegam*, enquanto juízes reiteradamente não cumprirem nem a lei, nem as decisões exaradas pelo próprio Poder Judiciário.

Nesse exato momento, a Caixa Econômica Federal ainda insiste com inúmeros recursos e outras medidas judiciais na tentativa de que algum deles chegue novamente ao STF e, desta vez, o tribunal leve a sério sua própria jurisprudência.

Referência

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de.
Ementas e sua técnica. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 27, dez. 2008. Não paginado. Disponível em: <http://www.revista_doutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao027/ruy_rosado.html>. Acesso em: 24 mar. 2014.

Direito de edificar em solo urbano: as Áreas de Preservação Permanente e sua função de preservação ambiental

Frederico Augusto Gomes

Graduando em Direito pela Universidade Federal do Paraná

Participante dos projetos de pesquisa Sustentabilidade Socioambiental e Desenvolvimento, da Universidade Tecnológica Federal do Paraná, coordenado pelo professor Dr. Dario Eduardo Amaral Dergint, e Pró-Polis, da Universidade Federal do Paraná, coordenado pela professora Dra. Ângela Cassia Costaldeollo

RESUMO

A ocupação do espaço urbano se deu historicamente marcada por conflitos de interesses e de direitos. Quando a Constituição incumbe ao Poder Público o dever de tutela do meio ambiente através da criação de áreas especialmente protegidas e lei federal institui e regulamenta as chamadas Áreas de Preservação Permanente (APP's) - determinando, ainda, a aplicação desse dispositivo em solo urbano - surgem dois embates problemáticos. O primeiro é entre o critério objetivo apresentado pela lei para a definição de APP's e a função de preservação ambiental a elas inerente. Áreas que pelo critério legal deveriam ser protegidas já tiveram sua função de preservação ambiental completa e definitivamente esvaziada, de forma que a incidência do regime jurídico das APP's traz um ônus desnecessário e socialmente inútil aos seus proprietários. O segundo problema é que, como a Constituição estabelece uma competência legislativa concorrente em matéria ambiental, a lei federal deveria apenas dispor sobre diretrizes gerais.

Palavras-chave: Direito ambiental. Área de Preservação Permanente. Função de preservação ambiental. Competência legislativa.

ABSTRACT

The occupation of urban space occurred historically marked by conflicts of interests and rights. When the Constitution rests upon the Government the duty of guardianship of the environment per the establishment of specially protected areas and federal law

establishes and regulates the Permanent Preservation Areas - also determining the application of this device in urban soil - two problems arises. The first is between the objective criteria presented by law for the definition of APP function and environmental preservation inherent to them. Areas that the legal test should be protected has had its role in environmental preservation completely and definitely emptied, so that the incidence of the legal regime of APP brings unnecessary burden and socially useless to their owners. The second problem is that, as the Constitution establishes a legislative powers competing environmental, federal law should provide for general guidelines only.

Keywords: Environmental law. Areas of Permanent Preservation. Function of environmental preservation. Legislative powers.

Introdução

A ocupação do solo urbano deu-se e ainda se dá de forma desorganizada e marcada por conflitos sociais e econômicos. Esses conflitos se materializam em uma divisão social desse espaço urbano, divisão essa que dificilmente pode ser compreendida como justa, igual e solidária como deveria ser, tendo em vista o objetivo fundamental da República constitucionalmente consagrado.

É nesse contexto que surge a discussão acerca dos espaços territoriais especialmente protegidos em solo urbano. Na busca de tutela do bem jurídico ambiental, o Estado lança mão de diversos instrumentos normativos que visam à proteção do meio ambiente. Dentre esses instrumentos normativos, têm-se mostrado relevantes e especialmente controvertidas na doutrina e jurisprudência as Áreas de Preservação Permanente (APP's).

As APP's vêm, desde 1965, consagradas no Código Florestal. Por expressa previsão legal, o regime jurídico destinado à proteção dessas áreas se aplica mesmo que estejam localizadas em território urbano. Daí decorrem três problemas fundamentais para o instituto: o primeiro deles é quanto à possibilidade de uma lei federal destinada a regulamentar a proteção de florestas aplicar-se a áreas urbanas com todas as suas peculiaridades; o segundo, quanto à função de preservar o bem jurídico ambiental e sua configuração ou não num território tão marcadamente transformado pela ação antrópica; o terceiro é o conflito entre direitos da coletividade de preservação ambiental e direitos subjetivos individuais, em especial o direito de edificar.

Essas três discussões se revelam como fonte de legitimidade da Área de Preservação Permanente em solo urbano e apenas se su-

perados esses três problemas pode-se dizer que há uma justa intervenção na propriedade privada para proteção do meio ambiente através das APP's.

O presente artigo tratará da ocupação do espaço urbano, passará para uma análise das APP's, indo até a discussão sobre o direito fundamental ao meio ambiente, sobre o conceito jurídico de APP e sua aplicabilidade em solo urbano e, por fim, descrevendo seu regime jurídico e analisando a possibilidade de um direito adquirido a construir em face desse regime especial de proteção.

1 Apontamentos sobre o espaço urbano

Ao tratar do espaço habitado, o espaço de convivência, Santos (1988, p. 39-40) apresenta como aspectos basilares da compreensão da evolução global da população a sua distribuição desigual pelo globo, os fluxos migratórios nacionais e internacionais e a mudança nas noções de espaço e de seu uso. O geógrafo aponta ainda a existência de uma infindável diversidade populacional, tanto no que se refere ao seu contingente, quanto ao que se refere a raças, culturas e modos de viver.

Segundo o referido autor:

Compreender uma região passa pelo entendimento do funcionamento da economia ao nível mundial e seu rebatimento no território de um país, com a intermediação do Estado, das demais instituições e do conjunto de agentes da economia a começar pelos seus atores hegemônicos (SANTOS, 1988, p. 46).

É preciso insistir no que Santos chama de "*intermediação do Estado*", que é a regulamentação do uso do espaço através de um conjunto de normas que, no direito ambiental, restringem direitos e liberdades individuais para fins de proteção do meio ambiente.

Impende observar que o espaço é essencialmente interdisciplinar (SANTOS; SOUZA, 1986, p. 1) e seu estudo não pode levar em conta uma análise meramente jurídica, geográfica, sociológica ou de qualquer ciência isolada. Santos (1988, p. 64) indica que "à medida que o homem se defronta com a natureza, há entre os dois uma relação cultural, que é também política, técnica etc. Dessa maneira, com a produção humana há a produção do espaço". O espaço não se apresenta como um elemento dissociado da sociedade que o povoa. Enquanto a paisagem é um elemento estático capturado em um dado momento, o espaço, de outra parte, é consubstanciado na paisagem acrescida da sociedade, de forma que, enquanto a paisagem é coisa, o espaço é estrutura (SANTOS, 1988, p. 72-73).

Assim sendo, quando o legislador elege um território para ser ambientalmente protegido, deve levar em conta todos esses elementos estruturantes desse espaço, que não pode ser considerado objetivamente se descartando a sociedade que nele habita. O que se tutela é o espaço, porque o homem também faz parte do meio ambiente juridicamente protegido.

Villaça (2001, p. 21) ensina que a estrutura intraurbana é moldada pelo deslocamento da população enquanto portadora da mercadoria força de trabalho ou enquanto consumidora. Assevera a preocupação de seu estudo da seguinte maneira:

Repetindo nossa questão central: por quais mediações passam as transformações socioeconômicas nacionais ou planetárias até se manifestarem em transformações na *estrutura intra-urbana* de nossas cidades? Para nós, passam pelas suas estratificações sociais; pelo nível de poder econômico e político entre as classes em nossas metrópoles; passam pela dominação que se dá por meio do espaço urbano. Manifestam-se então no fato de a maioria das classes de mais alta renda ocupar posições centrais, apesar de já ter se iniciado, na década de 1970, um processo de suburbanização dessas classes; no fato de os centros de nossas grandes cidades apresentarem há mais de cem anos – em maior ou menor grau – um claro e contínuo processo de deslocamento no mesmo sentido que as camadas residenciais de mais alta renda; e no fato de essas camadas apresentarem – também há muitas décadas – uma tendência de concentração em uma única região de nossas metrópoles (VILLAÇA, 2001, p. 34).

Villaça (2001, p. 36) ensina que no estudo da estrutura intraurbana não basta manejear o social para explicar a política de ocupação do espaço; é necessário com base no espaço analisar o social. Partindo desse pressuposto, afirma que, no espaço urbano, o proletário assume a condição de objeto dominado pelo capital. Acentua que a força de trabalho é mercadoria de condições especiais, pois pode locomover-se para o mercado e, nesse contexto, o trabalhador vale-se do transporte urbano de passageiros enquanto se vê no conflito entre as classes pela melhor localização urbana (VILLAÇA, 2001, p. 43).

É notório, ainda, que há uma interdependência entre questão ecológica e questão social (DERANI, 2008, p. 125). Assim, não se pode apreciar uma regulamentação do uso do solo urbano sem se ter em mente as consequências ambientais e sociais que tal regulamentação acarretará.

Dessa forma, a interpretação do conceito de Área de Preservação Permanente, que adiante será exposto, não pode se dar

desvinculada de preocupação com a preservação da função ecológica dessa área, mas também não pode ignorar o substrato social que a informa. Igualmente, a intervenção do poder público, da aplicabilidade das leis e da própria sociedade na transformação do espaço urbano, seja para fins de proteção do meio ambiente local, seja para realização de transformações e reformas urbanas, não deve ser descartada na análise desse instituto, criado pela legislação florestal e aplicado no complexo espaço urbano.

2 O direito fundamental ao meio ambiente

O direito ambiental apresenta uma problemática toda nova aos velhos aparatos jurídicos. A nova racionalidade não cabe nas antigas formas de tutelar os direitos, esse ramo do saber jurídico inaugura um novo conceito de direito (SOUZA FILHO, 2002, p. 23).

O texto constitucional de 1988 abre espaço para os direitos coletivos, que em muito diferem da concepção tradicional de direito subjetivo. Souza Filho (2002, p. 23) ensina:

O texto surgido é juridicamente revolucionário, porque garante não direitos individuais, mas a todas as gerações, inclusive às futuras; garante assim um direito aos coletivos futuros. Os direitos coletivos, contrariando este fundamento da modernidade, não são valoráveis economicamente nem podem ser apropriados a um patrimônio individual.

A titularidade desse bem jurídico ambiental é difusa, ou seja, não obedece à lógica patrimonial anteriormente vigente, em que a aquisição desse patrimônio por um indivíduo subtrai de outro. Há, também, uma dupla titularidade: uma por parte do proprietário da coisa; outra por parte da sociedade em relação à utilidade ambiental daquele bem em razão do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (SOUZA FILHO, 2002, p. 27). Manifesta-se, então, direito real sobre coisa alheia.

O direito real e coletivo sobre coisa alheia exercido por todos sobre os bens de interesse público são mais do que limitações administrativas, porque independem do Estado e podem se exercer até mesmo contra ele, e mais do que a função social da propriedade, porque é uma modificação na essência da coisa (SOUZA FILHO, 2002, p. 37).

A natureza jurídica desses bens já é diferenciada em sua essência, ocasionando uma salvaguarda legal especial. Todavia, a guarda legislativa dada ao bem jurídico ambiental não pode

ocasionar restrições a direitos – sejam individuais ou coletivos – sem uma justificação plausível, qual seja, a efetiva proteção do meio ambiente.

A observância dos preceitos constitucionais erigidos no catálogo de enunciados normativos de direitos fundamentais ou de outros direitos fundamentais permitidos pela cláusula de abertura pode taxar uma determinada norma de materialmente fundamental. Segundo Canotilho (1998, p. 23), o Estado de direito apresenta as seguintes dimensões fundamentais: juridicidade, democracia, sociabilidade e sustentabilidade social, de forma que a configuração do direito ao meio ambiente como materialmente fundamental se mostra evidente. Além disso, em decorrência da cláusula de abertura prevista no artigo 5.º, § 2º, da Constituição, todo direito materialmente fundamental também é formalmente (BELLO FILHO, 2012, p. 56-57). Irrefutável, portanto, que, apesar de não constar arrolado no artigo 5º da Constituição, o direito ao meio ambiente é, sim, fundamental.¹

Como se sabe, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado enquadra-se na terceira geração de direitos fundamentais. Bosselmann (*apud* SARLET; FENSTEREIFER, 2012, p. 37-38) aponta os direitos dessa categoria como essencialmente coletivos e transindividuais e dependentes de mecanismos de colaboração social para sua efetivação, tendo como suporte normativo o princípio da solidariedade. O direito em questão tutela uma dimensão social e ecológica da dignidade humana, que embasa a proteção jurídica do meio ambiente (SARLET; FENSTEREIFER, 2012, p. 93). Sarlet e Fenstereifer (2012, p. 94) indicam ainda que

pode-se conceber a exigência de um patamar mínimo de qualidade ambiental para a concretização da vida humana em níveis dignos, para aquém do qual a dignidade humana estaria sendo violada no seu núcleo essencial.

Impõe-se, assim, a tutela do meio ambiente em patamar mínimo para que seja propícia à vida humana em condições dignas, resguardando-se assim a referida dimensão ecológica da dignidade humana. Em assim sendo, a dignidade humana desponta como elemento axiológico legitimador da proteção ao meio ambiente, na medida em que a defesa desse bem jurídico impõe gravames a

¹ Nesse sentido: “*Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: a consagração constitucional de um direito típico de terceira geração*” (Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 134.297-8/SP. Primeira Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 22/11/1995, p. 30.597).

direitos – por vezes fundamentais – de particulares. É essa dimensão ecológica da dignidade humana que permite a proteção do meio ambiente em detrimento de outros bens jurídicos também relevantes.

Ainda, em decorrência da fundamentabilidade desse direito, tem-se que ele não é composto de um núcleo duro e imutável, pelo contrário. Por ser direito fundamental, na colisão normativa entre dispositivos que operam em sentidos contrários, o núcleo maleável desse direito permite a ponderação dos valores em jogo, através da regra da proporcionalidade, devendo-se apontar, contudo, que só são possíveis restrições a esse direito por ocasião do conflito com outros direitos fundamentais se respeitado o conteúdo mínimo essencial da normatividade do art. 225 da Constituição (BELLO FILHO, 2012, p. 63-66).

Para Alexy (2007), os direitos fundamentais devem ser encarados como feixes de posições jusfundamentais, ou seja, os direitos fundamentais são multifuncionais, prestando-se a uma diversidade de funções simultaneamente. Por isso não é possível associá-los a uma única função, podendo ser extraída de cada direito fundamental uma série de deveres correspondentes imputados ao Estado e à coletividade. Um direito fundamental investe seu titular em uma série de posições jurídicas fundamentais e, embasado nelas, o cidadão poderá exigir diversas obrigações do Poder Público. Sarlet (2008, p. 184) ressalta que “várias das normas definidoras de direitos fundamentais exercem simultaneamente duas ou mais funções, sendo, neste sentido, inevitável alguma superposição”. Alexy (2007) separa as funções atribuídas aos direitos fundamentais em funções de defesa e função de prestações. As funções de prestação dividem-se em prestações fáticas e prestações normativas, sendo estas últimas divididas em função de proteção e de participação na organização e procedimento (ALEXY, 2007, p. 392). O autor utiliza o próprio direito fundamental ao meio ambiente para exemplificar sua classificação:

El derecho fundamental al medio ambiente responde más bien a aquello que antes se denominó “derecho fundamental como un todo”. Está constituido por un conjunto de posiciones de tipos muy diferentes. Así, quien propone el establecimiento de un derecho fundamental al medio ambiente, o su adscripción interpretativa a las disposiciones de derecho fundamental existentes, puede, por ejemplo, incluir en este conjunto o haz de posiciones, un derecho a que el Estado omita determinadas intervenciones en el medio ambiente (derecho de defensa), un derecho a que el Estado proteja al titular del derecho fundamental frente a intervenciones de

terceros que dañen el ambiente (derecho de protección), un derecho a que el Estado permita participar al titular del derecho en procedimientos relevantes para el medio ambiente (derecho al procedimiento) y un derecho a que el propio Estado emprende medidas fácticas, tendientes a mejorar el ambiente (derecho a una prestación fáctica) (ALEXY, 2007, p. 392).

A norma garantidora do direito fundamental ao meio ambiente revela-se como portadora de dimensão objetiva e subjetiva. Sua dimensão subjetiva decorre do fato de que por meio dela são outorgados direitos subjetivos aos particulares individualmente, à coletividade e até mesmo às futuras gerações. Por outro lado, sua dimensão objetiva implica a imposição de deveres e obrigações ao Estado e à coletividade, sem que com isso se garantam necessariamente direitos correlatos a terceiros (BELLO FILHO, 2012, p. 42-43).

De forma bastante similar à lição de Alexy (2007), Bello Filho (2012, p. 58) ensina:

Um direito fundamental ao ambiente contém um feixe de efeitos que comporta a proibição de que o estado faça algo que agrida o núcleo essencial deste direito, a obrigação do Estado proteger o bem jurídico frente à agressão de terceiros, a obrigação do Estado praticar atos tendentes a preservar ou melhorar o ambiente, além da obrigação do Estado disponibilizar os instrumentos para a participação dos titulares do direito nos processos de tomada de decisões relevantes para o ambiente.

Nota-se que, ao erigir um Estado socioambiental, o constituinte impôs ao Estado deveres de proteção ao meio ambiente. Essas obrigações do Estado vão desde prestações normativas, como a regulamentação das Áreas de Preservação Permanente, até prestações fáticas de fiscalização e controle de atividades potencialmente lesivas ao meio ambiente. Dessa forma, a regulação do regime jurídico aplicável a essas áreas, bem como os critérios para enquadramento nesse regime jurídico, decorre diretamente desse dever imputado ao Estado pelo constituinte originário.

Importa salientar que o dever fundamental de proteção do meio ambiente impõe-se ao Estado a partir da dupla face do princípio da proporcionalidade. Não é lícito ao Poder Público dar proteção normativa insuficiente. Todavia, essa guarda não pode significar um excesso de intervenção (SARLET; FENSTEREIFER, 2012, p. 192), na medida em que uma ingerência excessiva viria em prejuízo de outros direitos que se chocam com o bem jurídico ambiental.

3 O conceito legal de Área de Preservação Permanente

Ao tratar da preservação do meio ambiente, o texto constitucional imputou ao Poder Público o dever de "definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção", conforme expresso no artigo 225, parágrafo primeiro, III, da Constituição.

O *caput* do referido artigo impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. É dentro dessa lógica que o acesso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é erigido como direito fundamental constitucionalmente garantido.

Larcher ensina que os mencionados "espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos" dividem-se em: I) unidades de conservação, previstas na Lei 9.985/2000; II) áreas rurais de reserva legal, previstas na Lei 12.651/2012; e III) Áreas de Preservação Permanente, também previstas na Lei 12.651/2012.² Leciona, ainda, que, quanto existam parcas divergências jurisprudenciais e doutrinárias acerca das duas primeiras modalidades de áreas ambientalmente protegidas, é em torno da terceira que rondam as maiores controvérsias, principalmente no tocante à aplicação dessas normas em áreas urbanas (LARCHER, 2013, p. 1).

O artigo 3º, II, da Lei Federal nº 12.651/12 conceitua Área de Preservação Permanente como "área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas".³

Sob a égide do Código Florestal revogado, a Lei 4.771/65, houve a opção do legislador de incluir já no artigo 2º do Código Florestal as florestas e demais formas de vegetação como Áreas de Preservação Permanente em razão de sua localização, prescindin-

² Note-se que a definição de Área de Preservação Permanente não surgiu nem no Código Florestal de 1934, nem no Código de 1965, recentemente revogado, mas nele foi inserido pela Medida Provisória 2.166-67/2001.

³ Redação muito semelhante é a que se vê no revogado art. 1º, § 2º, II, da Lei 4.771/1965. In verbis: "§ 2º Para os efeitos deste Código, entende-se por:
II - área de preservação permanente: área protegida nos termos dos arts. 2º e 3º desta Lei, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas".

do de declaração expressa do Poder Público para incidência do regime jurídico de APP, salvo nos casos previstos no art. 3º da mesma lei.

Não se pode olvidar da alteração trazida pela Lei 7.803/1989, que continha a seguinte redação:

Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

Parágrafo único. No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo o território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo.

A esse respeito, comentando a alteração do dispositivo no Código Florestal de 2012, Gouvêa (2012, p. 62) assevera o seguinte:

A redação desse dispositivo suscitou, na época, inúmeras discussões e interpretação quanto à possibilidade das normas municipais ou metropolitanas alterarem as disposições do art. 2º do Código Florestal, tornando-as menos exigentes, entendimento que não prevaleceu. Nesse aspecto a nova lei florestal é mais clara, na medida em que manteve a redação desse dispositivo da lei revogada, substituindo a expressão “respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo”, por “sem prejuízo do disposto nos incisos do *caput*” (incluídos pela MedProv 571/2012, após o voto à redação anterior).

De todo modo, apesar de a atual redação não trazer dúvidas quanto à aplicabilidade do Código Florestal em área urbana, há de se apontar a possível violação ao princípio federativo, bem como a violação do art. 30, I, da Constituição da República, que garante aos municípios competência para legislar sobre assuntos de seu interesse, ou, conforme redação constitucional, de interesse local.

Silva (2012, p. 478) ensina que a divisão de competências na federação brasileira é feita de acordo com a predominância do interesse, sendo a União competente para legislar sobre matérias de interesse nacional, os Estados para assuntos de interesse regional e os municípios para questões de relevância local.

Sobre o assunto, Fiorillo (2012, p. 218-219, grifos do autor) leciona o seguinte:

Além disso, a competência concorrente dos Estados e supletiva dos Municípios revela-se importante, porquanto aqueles e estes, em especial estes, encontram-se *mais*

atentos e próximos aos interesses e peculiaridades de uma determinada região, estando mais aptos a efetivar a proteção ambiental reclamada pelo Texto Constitucional.

Com isso, é correto afirmar que não é a União que detém em nosso ordenamento jurídico o maior número de competências exclusivas e privativas; os Estados, os Municípios e mesmo o Distrito Federal passaram a partir de 1988 a ter maior autonomia no sentido de poderem legislar sobre grande número de matérias.

Assim, a divisão de competências definidas pela Constituição tem por escopo próprio garantir a possibilidade de o Município tutelar os interesses locais, pois, mais próximo e ciente de suas peculiaridades, melhor pode regulá-las, adaptando a legislação à defesa do meio ambiente e garantia de outros valores não menos importantes. Dessa maneira, como se trata de competência concorrente, cabe à União traçar linhas gerais, como a definição de APP, e aos estados e municípios descer aos pormenores, como a extensão dessas áreas.

Isso não é possível em uma lei federal destinada a regular florestas que se pretende aplicar a zonas urbanas, descendo aos pormenores de indicar a metragem da Área de Preservação Permanente, levando em conta parâmetros abstratos e desconsiderando as características específicas de cada município em que essas áreas encontram-se.

O diploma legal de 2012 traz, ainda, duas espécies de Áreas de Preservação Permanente: a) as APP's *ex lege*, elencadas no artigo 4º da Lei; e b) as instituídas pelo Poder Público, com a finalidade de atenuar a erosão das terras, fixar as dunas, formar faixas de proteção ao longo de rodovias e ferrovias, auxiliar a defesa do território nacional a critério das autoridades militares, proteger sítios de excepcional beleza ou de valor científico ou histórico, asilar exemplares da fauna ou flora ameaçados de extinção, manter o ambiente necessário à vida das populações silvícolas ou assegurar o bem-estar público.

Numa leitura menos atenta, parece que nessa classificação entre APP's legais e APP's criadas por ato administrativo as primeiras se submetem a um critério objetivo legalmente definido para serem enquadradas como Áreas de Preservação Permanente, enquanto as demais necessitam de uma destinação específica, que se deve enquadrar no rol trazido pelo artigo 4º da Lei 12.651/12. Razão não assiste àqueles que entendem dessa forma.

É que a própria definição legal de APP exige uma "função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e

flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas". Logo, anteriormente à fixação de critérios para que se considere uma área como de preservação permanente, o legislador ordinário previu que a referida área deve atender uma função ambiental de preservação. Nesse mesmo sentido, já dispôs o texto constitucional a vedação expressa a qualquer utilização que viole os atributos que justifiquem a proteção das áreas ambientalmente protegidas, de forma que facilmente se extrai do próprio texto constitucional que a proteção dessas áreas só se justifica quando presentes esses atributos necessários à proteção do meio ambiente, permitindo assim a imposição de restrições ao direito fundamental de propriedade.

Aponte-se que as cidades, sobre as quais recai a legislação de APP, não são, via de regra, cidades planejadas e organizadas, as quais desde sua formação obedecem às regras de ocupação previstas na lei ora em vigor. A ocupação do solo urbano dá-se marcada por conflitos e de forma desorganizada. As populações, sobretudo as mais pobres e carentes, habitam onde encontram espaço. Disso surge a questão de espaços que não respeitam o regime previsto para área de APP por duas razões: não são mais passíveis de cumprir a função ambiental para ela prevista e, por outro lado, desempenham uma função social de oferecer moradia – embora, por vezes, com condições precárias. Gouvêa (2012, p. 67) discute o assunto:

a interrupção da faixa da APP, por ruas ou avenidas, por edificações preexistentes, por viadutos, obras de saneamento ou outras intervenções, descaracteriza essas áreas remanescentes como APP, na medida em que as impede de cumprir a função ambiental que a lei lhes atribuiu?

Não se está abordando aqui os casos em que, demolida uma obra específica e irregular, ou impedida a ocupação daquele espaço, há a possibilidade do cumprimento da recuperação da função ambiental da APP, mas dos casos em que a inviabilidade do uso daquela área ou a eventual exigência da demolição decorrem exclusivamente da aplicação literal de uma condição prevista no Código Florestal, sem qualquer consideração para com a possibilidade, ainda que remota, dela cumprir a função ambiental estabelecida na mesma lei, em decorrência de situações já consolidadas por outras ocupações, pelas quais seu proprietário não pode responder.

Desde a promulgação do Código Florestal, as faixas marginais ao longo de rios ou cursos d'água são consideradas Áreas de Preservação Permanente. Em 1965 essas faixas eram de 5 metros para os rios de menos de 10 metros de largura, iguais à metade da largura dos cursos que medissem de 10 a 200 metros de distância

entre as margens e de 100 metros para todos os cursos cuja largura fosse superior a 200 metros.⁴

Com o advento da Lei 7.511/86, que alterou a Lei 4.771/65, a APP passou a ser de 30 metros para os rios de menos de 10 metros de largura, de 50 metros para os cursos d'água que tivessem de 10 a 50 metros de largura, de 100 metros para os cursos d'água que medissem entre 50 e 100 metros de largura, de 150 metros para os cursos d'água que possuíssem entre 100 e 200 metros de largura e igual à distância entre as margens para os cursos d'água com largura superior a 200 metros.

Em 1989, sobreveio a Lei 7.803, que aumentou essas faixas para 30 metros para os cursos d'água de menos de 10 metros de largura, 50 metros para os cursos d'água que tivessem de 10 a 50 metros de largura, 100 metros para os cursos d'água que tivessem de 50 a 200 metros de largura, 200 metros para os cursos d'água que tivessem de 200 a 600 metros de largura e 500 metros para os cursos d'água que tivessem largura superior a 600 metros.

A Lei 12.651/2012, que vige atualmente, consagrou como APP's as faixas de 30 metros, para os cursos d'água de menos de 10 metros de largura; 50 metros, para os cursos d'água que tenham de 10 a 50 metros de largura; 100 metros, para os cursos d'água que tenham de 50 a 200 metros de largura; 200 metros, para os cursos d'água que tenham de 200 a 600 metros de largura; e, por fim, 500 metros, para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 metros.

Conquanto seja louvável estabelecer padrões mais rigorosos de proteção ambiental, o aumento da faixa destinada à APP deve ocorrer com muita cautela.

Notadamente em área urbana, o aumento da faixa de preservação deve ser parcimonioso e atento à realidade. Uma área de preservação que em 1965 era de 5 metros, hoje é de 30, indo contra a realidade e, em vez de conferir maior proteção ao meio ambiente, empurrando o cidadão – via de regra, o cidadão menos privilegiado financeiramente – para a ilegalidade.

Saliente-se que em área urbana essa faixa de proteção em diversos casos já perdeu há muito a sua função de preservação

⁴ “Art. 2º Consideram-se de preservação permanente, pelo só efeito desta Lei, as florestas e demais formas de vegetação natural situadas:

a) ao longo dos rios ou de outro qualquer curso d'água, em faixa marginal cuja largura mínima será:

1 - de 5 (cinco) metros para os rios de menos de 10 (dez) metros de largura;

2 - igual à metade da largura dos cursos que meçam de 10 (dez) a 200 (duzentos) metros de distância entre as margens;

3 - de 100 (cem) metros para todos os cursos cuja largura seja superior a 200 (duzentos) metros.”

ambiental. Há áreas em que o cumprimento da função ambiental almejada pela lei constitui obrigação impossível e, portanto, inexigível, descaracterizando completamente aquela área como de preservação permanente. Isso deve ser analisado criteriosamente caso a caso, e não apenas pelos critérios objetivos da lei.

4 O regime jurídico aplicável às Áreas de Preservação Permanente

O regime jurídico consagrado no novo Código Florestal para reger as APP's merece análise em três de seus aspectos, quais sejam, a situação do imóvel, sua função e seu uso, sendo os dois primeiros relevantes na incidência ou não no regime jurídico das APP's sobre o espaço e o último sendo o próprio regime jurídico aplicável.

Quanto à situação do imóvel, a definição legal de APP trazida no artigo 3º, II, da lei em comento deixa claro que é irrelevante o fato de a vegetação natural ter sido suprimida ou não. O que, segundo o mesmo artigo, faz aplicar-se à área o regime jurídico das APP's é a função ambiental por ela desempenhada (PAPP, 2012, p. 123). Dessa forma, só se pode entender que o regime jurídico das APP's é não somente justificado como também caracterizado por uma função ecológica de preservação ambiental.

Machado (2012, p. 143) assevera:

A Área de Preservação Permanente – APP – é considerada existente, ou como devendo existir, desde que haja a ocorrência de determinadas situações fáticas. Não é necessária a emissão de qualquer ato do Poder Executivo (Federal, Estadual, do Distrito Federal ou Municipal) para que haja uma APP nos moldes previstos pelo art. 4º desta Lei. Há autoaplicabilidade da própria Lei, não se exigindo regulamentação para sua efetividade nos casos deste artigo.

Prossegue o autor afirmando que há cinco características decorrentes da preservação permanente que incide sobre a referida área, sendo elas a saber: i) trata-se de uma área, e não mais de uma floresta como previa a redação original do Código Florestal revogado, de forma que, independentemente da cobertura vegetal, que pode até mesmo ser exótica, aplica-se a essa área o regime jurídico próprio das APP's; ii) não se trata de uma área qualquer, mas de uma área ambientalmente protegida; iii) a proteção é uma proteção permanente, devendo a sociedade, o poder público preservar a APP; iv) a APP possui funções ambientais específicas; v) a supressão ilegal da vegetação da APP impõe a recuperação da área (MACHADO, 2012, p. 144).

Quanto à função ambiental específica, o autor desce às seguintes subcategorias:

A APP é uma área protegida, com funções ambientais específicas e diferenciadas: função ambiental de preservação, função de facilitação, função de proteção e função de asseguramento. As funções ambientais de preservação abrangem os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade.

[...]

A APP visa proteger o solo, evitando a erosão e conservando a sua fertilidade. Não se pode negligenciar o asseguramento do bem-estar das populações humanas, isto é, da felicidade e da prosperidade das pessoas, entre as quais estão os proprietários e os trabalhadores em geral da propriedade rural onde se situa a APP (art. 186, IV da CF/1988) (MACHADO, 2012, p. 144).

Dessa maneira, Machado (2012) dá concretude à função ambiental exigida pelo texto da lei para a incidência do regime jurídico previsto para preservação permanente de determinadas áreas.

Esse regime jurídico vem estabelecido no art. 7º do Código Florestal em comento. O *caput* do referido artigo impõe ao proprietário, possuidor ou ocupante, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, preservar a vegetação da área. O § 1º, por sua vez, impõe ao possuidor a qualquer título o dever de recompor a vegetação da área, salvo os casos previstos em lei. Vale dizer que esta obrigação é *propter rem*, ou seja, acompanha a coisa, impondo-se a qualquer um que venha a exercer direito real sobre ela, conforme determinado pelo parágrafo seguinte. Tendo em vista que existe a possibilidade de autorização para supressão de vegetação, o § 3º veda a possibilidade de concessão dessa autorização se não cumprida a determinação dos parágrafos anteriores em relação à vegetação suprimida após 22 de julho de 2008.⁵

A intervenção ou supressão da vegetação da Área de Preservação Permanente só é tolerada pela legislação em vigor em razão

⁵ É importante apontar que, conquanto o art. 65 do Código Florestal autorize a regularização ambiental ser admitida por meio da aprovação do projeto de regularização fundiária de interesse específico dos assentamentos inseridos em área urbana consolidada que ocupam Áreas de Preservação Permanente não identificadas como áreas de risco, não se pode dizer que esse mecanismo é por si só garantidor da eficiência do instituto da APP nas Áreas de Preservação Permanente. Se ele é capaz de dar certa coerência entre o regime de APP e a realidade social, ainda não o é de evitar que Áreas de Preservação Permanente em solo urbano causem gravames à propriedade de particulares sem, por vezes, gerar qualquer benefício ambiental.

de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental, nos termos do *caput* do art. 8º da Lei 12.651/12. A legislação revogada previa a necessidade de que as situações autorizadoras da intervenção ou supressão da vegetação fossem comprovadas em procedimento administrativo, com consequente autorização por parte do Poder Executivo. O Novo Código Florestal silenciou quanto à necessidade desse prévio processo administrativo, bem como sobre a competência para outorgar a autorização a que se refere o *caput* do artigo.

A Lei 4.771/65, ao contrário, atribuía ao órgão estadual de meio ambiente a competência para autorizar a supressão ou intervenção nessa vegetação. Existe, na nova lei, unicamente o art. 26, o qual impõe a necessidade de prévia autorização do órgão estadual para supressão de vegetação nativa para uso alternativo do solo. No entendimento de Franco (2012, p. 169), tal dispositivo se aplica também à autorização para intervenção em Área de Preservação Permanente.

O artigo 8º, §2º, da Lei 12.651/12, por sua vez, autoriza a intervenção ou supressão da vegetação nas restingas e manguezais cuja função ambiental esteja comprometida, com fins de regularização fundiária, consubstanciada a necessidade de compatibilização entre proteção do meio ambiente e tutela de outros valores socialmente relevantes, no caso, o direito à moradia. Por fim, o art. 8º, §4º, da lei aponta que não há possibilidade de regularização de intervenções futuras que não aquelas autorizadas no Código Florestal.

Dessa maneira, a Lei 12.651/12 delinea o regime jurídico aplicável às Áreas de Preservação Permanente, em especial às situadas em zona urbana, vedando a possibilidade de supressão ou intervenção na vegetação nelas localizada, impondo ao proprietário a obrigação *propter rem* de preservá-la e recompô-la, proibindo a concessão de autorização para novas intervenções sem o cumprimento desses deveres. Prevê ainda, para emissão dessa autorização, que estejam presentes utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental.

Conclusão

Percebe-se que a doutrina e jurisprudência pátria ignoram a função teleológica da norma definidora das Áreas de Preservação Permanente, buscando fazer valer o regime jurídico dessas áreas a todo custo, sem se preocupar com a busca da sua finalidade.

As APP's existem exatamente para a preservação do meio ambiente e não há que se cogitar na imposição de tais restrições ao

particular, limitando o uso de seus direitos constitucionalmente garantidos, sem uma justificativa razoável, sobretudo em áreas urbanas consolidadas. Embora a própria Constituição preveja a possibilidade de imposições dessas restrições, ela mesma aponta a finalidade que legitima essa intervenção na propriedade privada: a manutenção da integridade dos atributos que justifiquem sua proteção.

É exatamente esse o ponto até então ignorado pelos estudiosos e operadores do direito, em especial pelos representantes do Ministério Público. As restrições à propriedade em razão da defesa do meio ambiente só encontram guarida constitucional quando se voltam para uma efetiva preservação desse bem jurídico. Quando não se fazem presentes os atributos que se quer defender, não se pode submeter a área ao regime das APP's em razão da mera incidência em um dos critérios objetivos descritos na lei.

As Áreas de Preservação Permanente devem ser compreendidas a partir de sua função dentro do ordenamento jurídico: a proteção ambiental. Uma APP que esteja desprovida dessa função não pode estar submetida ao regime jurídico que lhe seria próprio, isso porque imporia restrições a direitos sem que com isso fosse atingida sua finalidade.

Ao não se diferenciarem APP's em área urbana e rural, ignora-se o fato de que a evolução das cidades no Brasil não se deu de forma organizada e planejada, mas espontaneamente de acordo com as necessidades do momento. Assim, aquelas faixas de proteção legalmente instituídas já se encontram, muitas vezes, ocupadas há anos e sua desocupação não se dará sem grande prejuízo social.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*.** 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- BELLO FILHO, Ney de Barros. *Direito ao ambiente: da compreensão dogmática do direito fundamental na pós-modernidade*.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito. Cadernos Democráticos, n. 7*.** Fundação Mário Soares. Lisboa: Gradiva, 1998.
- DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*.** 13. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FRANCO, Ana Claudia La Plata de Mello. *Comentários ao artigo 8º da Lei 12.651/2012*.** In: MILARE, Edis; MACHADO, Paulo Affonso Leme. (Coord.). ***Novo código florestal: comentários à Lei 12.651, de 25 de maio de 2012*** e à

MedProv 571, de 25 de maio de 2012.
São Paulo: Editora Revista dos Tribunais,
2012. p. 166-171.

GOUVÉA, Yara Maria Gomide. Art. 3º
Para efeitos desta Lei, entende-se por: [...] II - Área de Preservação Permanente - APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas; [...]. In: MILARÈ, Edis; MACHADO, Paulo Affonso Leme. (Coord.). **Novo código florestal: comentários à Lei 12.651, de 25 de maio de 2012 e à MedProv 571, de 25 de maio de 2012.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 60-68.

LARCHER, Marta Alves. *As áreas de preservação permanente e o parcelamento, uso e ocupação do solo urbano.* 2013. In: www-antigo.mpmg.mp.br/portal/public/interno/arquivo/id/4330. Acesso em: 23 mar. 2013.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Das áreas de preservação permanente.* In: MILARÈ, Edis; MACHADO, Paulo Affonso Leme. (Coord.). **Novo código florestal: comentários à Lei 12.651, de 25 de maio de 2012 e à MedProv 571, de 25 de maio de 2012.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 143-153.

PAPP, Leonardo. *A revisão do Código Florestal brasileiro (Lei Federal n. 12.651/12) - Reflexões iniciais acerca das APP's nas margens de cursos d'água naturais em áreas rurais consolidadas.* **Revista Interesse Público,** Belo Horizonte, v. 14, n. 73, p.121-142, maio/jun. 2012.

SANTOS, Milton. *Metamorfoses do espaço habitado.* 2. ed. São Paulo: Hucitec, 1988.

SANTOS, Milton; SOUZA, Maria Adélia. *O espaço interdisciplinar.* São Paulo: Nobel, 1986.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTEREIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente.* 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* 35. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 69, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Mares. *Introdução ao direito socioambiental.* In: LIMA, André (org.). *O direito para o Brasil socioambiental.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

VILLAÇA, Flávio. *Espaço intra-urbano no Brasil.* São Paulo: Studio Nobel, 2001.

A crise econômica europeia e as transformações na organização do trabalho francês

Nara Fernandes Bordignon

Advogada no Paraná

Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – Unicuritiba

Especialista em Direito e Processo do Trabalho do Unicuritiba

Graduada em Administração pela Universidade Federal do Paraná – UFPR

Susan Emily Iancoski Soeiro

Advogada da CAIXA no Paraná

Mestranda em Direito, linha: Estado, Atividade Econômica e Desenvolvimento Sustentável, pela PUC-PR

Especialista em Direito Civil pela Escola da Magistratura do Paraná

Membro da Comissão de Advogados Empregados na Administração Pública, Indireta e Regimes Especiais, Gestão 2010/2012

RESUMO

O hodierno estudo tem por finalidade abordar os aspectos relacionados à crise econômica mundial, mais especificamente, europeia e francesa, com os preceitos de flexibilização do Direito do Trabalho, considerando toda a conjuntura de globalização da economia e das relações laborais, bem como suas transformações, atendo-se, mais precisamente, à análise da flexibilização e da flexissegurança no direito laboral francês, contrapondo com as situações de sobrevivência econômica das organizações em tempos de crise financeira com o respeito às garantias mínimas imperativas à dignidade humana dos trabalhadores.

Palavras-chave: Crise econômica europeia. Transformações na organização do trabalho. Flexibilização. Flexissegurança.

ABSTRACT

The today's study aims to address aspects of the global economic crisis, more specifically, European and French, with the precepts of flexibility of labor law. Considering all the circumstances of economic globalization and industrial relations as well as their transformations. Sticking more precisely, the analysis of flexibility and flexicurity in French labor law. Contrasting with situations of economic survival of organizations in times of financial crisis with respect to the mandatory minimum guarantees human dignity of workers.

Keywords: European economic crisis. Changes in work organization. Flexibility. Flexicurity.

Introdução

O mundo contemporâneo passa por uma crise econômica que acarreta uma transição gerada pela necessidade de adequação das corporações a métodos eficientes de concorrência envolta em uma situação de revolução tecnológica geradora de mudanças na organização da produção e do trabalho. Nessa conjuntura, brota a discussão acerca da necessidade de flexibilização das relações laborais para o enfrentamento de dificuldades mercadológicas e econômicas. Isso porque há uma polêmica entre o Estado Social e o Estado Liberal, pois, enquanto os liberais pregam a omissão do Estado, permitindo a desregulamentação da legislação trabalhista para que as condições de trabalho sejam ditadas pelas leis do mercado, os defensores do Estado Social advogam a intervenção do Estado nas relações laborais para a efetivação dos princípios da justiça social e da preservação da dignidade humana. Impera o conflito entre essas diferentes formas de atuação estatal na atividade econômica mundial.

A flexibilização das normas trabalhistas visa assegurar um conjunto de regras mínimas ao trabalhador e, em contrapartida, garantir a sobrevivência da empresa, por meio da modificação de comandos legais, de modo a outorgar aos trabalhadores certos direitos mínimos e ao empregador a possibilidade de adaptação de seu negócio, mormente em épocas de crise econômica.

Toda essa transformação e preocupação iniciaram-se com o advento da Revolução Industrial, tendo em vista que a sociedade vislumbrou a exploração do trabalho por meio de baixos salários e excessivas jornadas que desencadearam muitos acidentes, alguns inclusive fatais.

Como resposta aos problemas sociais ocasionados, o Estado passou a intervir na regulamentação do trabalho mediante normas dotadas de princípios próprios, não encontrados na legislação civil, tais como o da proteção ao trabalhador e o da irrenunciabilidade, surgiendo, assim, o Direito do Trabalho.

Partiu-se do pressuposto de que o garantismo aos empregados nas relações de trabalho deveria ser proporcionado pelo Estado, através da implantação de legislações benevolentes à classe trabalhadora.

Entretanto, a economia mundial tem sido transformada em razão de muitos fatores e crises, o que acaba por afetar as relações trabalhistas. Dentre outras circunstâncias, destacam-se a globalização e o consequente abrandamento das barreiras alfandegárias; o surgimento de grandes polos de comércio como, por exemplo, o Mercado Comum do Sul (Mercosul), a Área de Livre Comércio das Américas (ALCA) e o Mercado Comum Europeu; a crise do petróleo iniciada entre 1973/1974; o desenvolvimento tecnológico; a crise imobiliária de 2008 nos Estados Unidos; e a atual crise econômica na Europa.

O aumento da concorrência entre os países com a ampliação do mercado de consumo, a pretensão de maior competitividade no preço final de produtos e serviços, bem como a necessidade de combater o desemprego em razão de crises econômicas e da automação, promovem debates acerca da atualização das legislações trabalhistas.

Em contraponto ao modelo clássico de intervenção do Estado por intermédio das legislações do trabalho, indaga-se a respeito da desregulamentação de determinadas matérias ou, ao menos, da crescente flexibilização de normas trabalhistas, como forma de adaptação do sistema legal de cada país à atualidade da economia mundial.

Desse modo, o presente trabalho inicia-se abordando as causas da crise econômica mundial em decorrência do sistema de hipotecas *subprime*, com seus reflexos à União Europeia. Analisa a flexibilização de direitos trabalhistas, a qual é denominada na Europa de flexissegurança. Após, é ressaltada a importância da negociação coletiva para possibilitar um modo alternativo de fixação de condições de trabalho, o que se coaduna com a Convenção nº 154 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Por fim, destaca as medidas adotadas na França como resposta à crise no mercado de trabalho, que objetivam contribuir para o crescimento econômico francês.

1 A crise econômica europeia e as transformações na organização do trabalho

Toda a crise econômica mundial iniciou-se no ano de 2001 com a chamada “bolha da internet”.¹ Assim, para proteger os investidores, os americanos decidiram orientar os investimentos para o setor imobiliário.

De modo a estimular tais investimentos, baixaram as taxas de juros e reduziram as despesas financeiras², além de induzir os intermediários financeiros e imobiliários a estimular o investimento em imóveis, principalmente pelo fato de o governo garantir esse tipo de investimento.

Frente a tal situação, os bancos de diversos países pelo mundo foram seduzidos e emprestaram dinheiro a imobiliárias que possuíam autorização para captar empréstimos em qualquer lugar do mundo.

Este era o chamado sistema das hipotecas *subprimes*, ou seja, de empréstimos hipotecários que possuíam alto risco e taxa variável, pois eram concedidos a clientes que não possuíam garantias suficientes para tal investimento (KRUGMAN; WELLS, 2011, p. 711).

Juntamente com tais hipotecas, foram criados derivativos negociáveis no mercado financeiro de modo a securitizá-las, transformando-as em títulos livremente negociáveis que seriam lastreados pelas hipotecas e vendidos a outras instituições financeiras, fossem elas bancos, companhias de seguros ou fundos de pensão (KRUGMAN; WELLS, 2011, p. 712).

Ocorre que, de modo a tentar reduzir a inflação, as taxas de juros foram aumentadas, desregulando o sistema. Assim, o preço dos imóveis desabou, impossibilitando o refinanciamento para aqueles clientes que não possuíam garantias, que se tornaram inadimplentes.

Os títulos derivativos não poderiam mais ser negociados, de modo que se buscava passá-los para frente a qualquer preço, ge-

¹ “A Grande Recessão tem seu histórico em 2001 quando a ‘bolha da internet’ estourou. A bolha da internet foi um fenômeno em que empresas abriram o mercado na internet e causaram uma supervalorização de suas cotas na bolsa de valores NASDAQ. Houve, então, um aumento de investimentos em um mercado especulativo, que ampliou a curva de valorização destas empresas na NASDAQ. Imediatamente, o mesmo índice que subira a 5000 pontos despencou a 2000, sofrendo uma desvalorização de 150%, em questão de dias” (AFONSO, 2013, p. 20).

² “A partir de 2001, com taxas de juros baixas, houve a expansão no setor imobiliário nos EUA. O clima de euforia era contagiante. O FED (o Banco Central americano), em 2003, fixou os juros em 1% ao ano – menor taxa desde o fim dos anos 50” (FABIANO; RENAULT, 2008, p. 196).

rando um efeito dominó que balançou todo o sistema bancário internacional em 2007. Isto é, a globalização permitiu aos EUA absorver toda a poupança mundial, consumindo muito mais do que conseguiam produzir, o que gerou um déficit. Ainda mais pelo fato de seus mercados financeiros impelirem os consumidores a empréstimos, permitindo o endividamento.

Os instrumentos financeiros ficaram tão complexos que as autoridades governamentais foram incapazes de avaliar os riscos e passaram a utilizar os sistemas de administração de riscos dos bancos privados. As empresas de análise de crédito se fundamentavam nas mesmas informações, o que gerou uma enorme crise, pois a análise foi feita erroneamente.

Assim, diante da globalização e do mercado de ações estrangeiras, verifica-se que a crise econômica europeia é uma consequência da crise americana que se iniciou em 2008 e se estende até o presente momento gerada pela quebra de instituições financeiras no processo chamado de "crise dos *subprimes*".³

Tal crise é também chamada de Grande Recessão, tendo em vista ser um desdobramento da crise financeira internacional oriunda da falência do banco de investimento estadunidense Lehman Brothers, seguida pela quebra da maior seguradora americana, American International Group (AIG).

Desta feita, torna-se claro que a presente crise gira em torno do crédito concedido a quem não se deveria e, desde 2008, levou à falência muitas instituições financeiras não só nos EUA, mas em diversos países da Europa.

A crise é consequência da confiança na capacidade de autorregulação dos mercados, de Adam Smith, e da falta de controle das atividades de agentes financeiros (PEREIRA, 2010). Afetou todos os países europeus, gerando impacto social significativo, com a falência de diversas organizações e o aumento do desemprego e da pobreza.

Em síntese, o início da crise ocorreu com os empréstimos de créditos *subprime* de bancos americanos, tendo em vista que havia tanto excedente de numerário e pretensão de maximização de lucro que os bancos passaram a adotar uma política arrojada de ofer-

³ "As bolhas especulativas no mercado imobiliário e nas bolsas de valores, uma regulamentação financeira quase inexistente e uma plethora de inovações financeiras conspiraram para criar uma grande bolha que, ao estourar, preparou o cenário para o quase colapso do sistema financeiro em Wall Street, uma diminuição brutal na atividade econômica e uma recessão mundial. As muitas e estranhas semelhanças entre a crise atual e a catástrofe da primeira metade do século XX não são coincidência: as mesmas forças que propiciaram a Grande Depressão estiveram em ação nos anos que levaram à nossa própria 'Grande Recessão'." (ROUBINI; MIHM, 2010, p. 22).

ta de empréstimo pessoal. Seguindo-se a isso, o consumidor estava empolgado em assumir empréstimos diante da flexibilização das garantias e fianças, incentivada pelo Estado neoliberal (DALLEGRAVE NETO, 2009).

Tal situação acarretou uma crise de confiança, tendo em vista que as empresas deixaram de expandir, os lucros caíram e as dispensas coletivas de empregados tornaram-se a alternativa para baixar custos.

Assim, o aumento de desempregados gerou uma diminuição do consumo, o que refletiu negativamente no PIB (Produto Interno Bruto) e despencou os preços das ações.

As causas da crise foram o endividamento público elevado e a falta de coordenação política da União Europeia para resolver questões de endividamento das nações do bloco. Entre as consequências da crise, pode-se apontar o escoamento de capitais de investidores, a insuficiência de crédito, a elevação da taxa de desemprego, a insurgência popular contra as medidas de redução de gastos adotadas pelos países na tentativa de combater a crise, o decréscimo de *ratings* e, ainda, reflexos negativos no PIB (ALEGRÍA, 2009).

Frente a tal crise, diversas medidas foram tomadas pela União Europeia, como, por exemplo, a implementação de um pacote econômico anticrise, a maior participação do FMI e do Banco Central Europeu, a ajuda financeira aos países com mais dificuldades econômicas e a definição de um pacto fiscal.

Tendo em vista que o Direito do Trabalho tem sua condição de possibilidade indexada à economia, verifica-se que as conquistas trabalhistas dependem de ambientes econômicos com excedentes, ou seja, um ambiente econômico favorecido possui maior possibilidade de ter mais direitos sociais, mas tal assertiva não é uma regra.

Uma exceção pode ser vislumbrada com o crescimento econômico do primeiro período da Revolução Industrial, que trouxe poucos benefícios sociais e muita pobreza, situação que impôs ao Direito do Trabalho uma posição defensiva com rigidez legal para proteção de direitos mínimos.

Porém, diante da crise, importante se fez a tentativa de adaptação à nova realidade, com a transformação das regras laborais, de modo que as necessidades de natureza econômica acabam por explicar a postergação de alguns dos direitos dos trabalhadores.

2 Flexibilização e flexissegurança em tempos de crise econômica

Quando se discute a respeito de crise econômica, normalmente emergem outros temas, quais sejam, a desregulamentação e a

flexibilização das leis trabalhistas, sob o argumento da necessidade de manutenção do nível de emprego, sendo este objeto de preocupação nos períodos de crise econômica.

A flexibilização difere da desregulamentação da norma trabalhista. Enquanto esta é a ausência ou falta de regulamentação, aquela constitui a adaptação da norma a determinadas situações, tornando-a maleável. Barros (2010, p. 87) explica que a flexibilização pode ser interna ou externa.

A primeira, a flexibilização interna, refere-se à ordenação do trabalho na empresa, à mobilidade funcional e geográfica, bem como à modificação substancial das condições de trabalho, do tempo de trabalho, da suspensão do contrato e da remuneração. Sob essa ótica, enquadram-se, por exemplo, o trabalho em regime de tempo parcial (art. 58-A da CLT) e a suspensão do contrato disciplinada pelo art. 476-A da CLT.

Já a segunda, a flexibilização externa, é atinente ao ingresso do trabalhador na empresa, às modalidades de contratação, de duração e dissolução do contrato, a descentralização e formas de gestão de mão de obra, tais como subcontratos, empresa de trabalho temporário e terceirização de serviços conforme Súmula 331 do TST. Também se relaciona à inserção do trabalhador no regime do FGTS, o que afastou a possibilidade de adquirir estabilidade no emprego, e, ainda, à ampliação do rol de contratos determinados (Lei nº 9.601/98 e Lei nº 6.019/74).

Na Europa utiliza-se o termo flexissegurança (*flexisécurité* ou *flexiseguridad*) para a adoção de políticas públicas relativas ao seguro-desemprego e à diminuição da estabilidade no emprego. Refere-se a uma tendência de buscar a combinação entre flexibilidade e segurança.

Cassar (2011, p. 33) entende que a flexissegurança fundamenta-se numa relação triangular, composta por um mercado flexível pela desregulamentação das regras trabalhistas, por sistemas de indenização benéficos propiciados por um Estado social e também por “política estatal de ‘ativação’ do mercado de trabalho, isto é, o Estado oferece cursos de qualificação e métodos de motivação à procura de novo emprego”.

Assim, referido modelo, que progride na Europa desde 1990, almeja a conciliação de interesses antagônicos entre Estado, trabalhadores e empresários,

[...] já que estes clamam pela necessidade de redução dos custos da mão de obra e reclamam do excesso de proteção legal ou coletiva (instrumentos coletivos) aos trabalhadores, que prejudicou o crescimento econômico de alguns países, garantindo ao trabalhador, em tro-

ca, acolhimento social público, tanto no que diz respeito à percepção de um seguro-desemprego por longo tempo, como o preparo e profissionalização para nova colocação no mercado (CASSAR, 2011, p. 33).

Para exemplificar, a autora expõe situação ocorrida na Espanha:

Na Espanha, um acordo confederal de 1997 ampliou as hipóteses das causas de dispensa por motivo econômico, reduzindo o custo da despedida e o número de hipóteses de dispensa imotivada. Meses depois, foi garantido aos trabalhadores temporários um salário equivalente àquele praticado na empresa cliente (CASSAR, 2011, p. 33).

De acordo com Souto Maior (2008, p. 161), ao analisar as complexidades das relações atuais é preciso perceber que determinadas mudanças são apenas aparentes, pois diferem de antigas premissas somente quanto à nomenclatura e encobrem as mesmas pretensões e justificativas:

À onda de redução de direitos trabalhistas apelidou-se, eufemisticamente, flexibilização, que abalou a efetividade dos princípios da irrenunciabilidade e da irreversibilidade.

Pela utilização de palavras mais dóceis para uma mesma situação procurou-se burlar a regra fundamental do Direito do Trabalho de perseguição da melhoria progressiva da condição econômica e social do trabalhador, e, presentemente, como a palavra flexibilização caiu em desgraça, visto que sua retórica foi percebida, já se fala em flexissegurança (flexisécurité, flexisecuridad), que, para os europeus, significa discutir a possibilidade de trocar o direito de estabilidade no emprego pelo implemento de uma política pública de seguro-desemprego com prazos bastante longos (em alguns casos, sem prazo definido, como na Dinamarca), mas que foi traduzida no Brasil pelos adeptos da desregulamentação, espertamente, como mera intensificação da flexibilização, já que não temos, sob o ponto de vista da teoria dominante, a estabilidade no emprego.

Consoante Villatore (2010), “a flexibilização do Direito do Trabalho é um fenômeno mundial que se intensifica de forma rápida e, principalmente, em razão do constante aumento do índice de desemprego”.

Há quem sustente que a flexibilização, como tendência irreversível, implica o abandono da demasiada preocupação com o empregado individualmente considerado em prol da maior empregabilidade e do desenvolvimento econômico, nos seguintes termos:

A flexibilização é uma tendência irreversível do Direito do Trabalho moderno e não significa necessariamente uma diminuição do arcabouço protetivo do trabalho, mas, tão-somente, uma mudança na forma de conduzir a prestação de serviços.

Abandona-se a preocupação exacerbada com o trabalhador, individualmente considerado, e volta-se, cada vez mais, para a empregabilidade e o desenvolvimento econômico uniforme. Obviamente, tais medidas não são capazes de equacionar problemas estruturais graves, como a má distribuição de renda, todavia, possibilitam o tão decantado desenvolvimento econômico – verdadeiro gerador de empregos (MAGALHÃES, 2007, p. 247).

Nesse aspecto, existe o entendimento segundo o qual atualmente o empregado detém um alto custo para o empregador, o que gera aspectos negativos como o alto índice de desemprego e os baixos salários, conforme segue:

O alto custo que hoje representa um empregado a qualquer empregador acaba por resultar em aspectos efetivamente negativos ao trabalhador, tais como:

- a) alto índice de desemprego, pois as empresas diligentes acabam preferindo manter reduzido o seu quadro de empregados e buscar outros meios de aumento da produtividade – automação, por exemplo;
- b) baixos salários, pois os empregadores, dentro de seu orçamento, acabam reservando valores para eventual necessidade de novas contratações e, considerada a questão do direito à equiparação salarial, não pagam o que poderiam pagar aos seus empregados, pois sabem que, quando da necessidade de novas contratações, terão que arcar com o mesmo custo no que tange aos novos empregados (MAISTRO JUNIOR; CASTRO, 2003, p. 10).

Assim, busca-se a diminuição do âmbito de incidência do ordenamento jurídico trabalhista para aumentar o campo dos conflitos que podem ser solucionados por negociação coletiva entre as partes.

Para Cassar (2011, p. 35-36), flexibilizar implica a manutenção das condições mínimas de trabalho mediante intervenção do Estado nas relações trabalhistas, como mecanismo aplicado somente quando houver convergência, no caso concreto, entre os reais interesses de empregadores e empregados.

A harmonização de interesses pode ocorrer diante da difícil situação enfrentada pela empresa – que ameaça a continuidade do negócio, indicando a eliminação de postos de trabalho – para evitar a drástica perda da renda e repentina diminuição do padrão de vida de empregados.

Nesse arriscado contexto e pairando a incerteza de retorno ao mercado, o trabalhador, representado pelo sindicato, conscientemente optaria por sacrificar alguns direitos com a finalidade de se manter empregado.

A negociação coletiva possibilita às empresas e aos empregados um modo alternativo de fixação das condições de trabalho; porém, para complementar o ordenamento jurídico e adaptar as normas às especificidades da região e do setor econômico envolvidos, é necessária a intervenção do Estado, mesmo que seja para instituir direitos mínimos e normas gerais sem as quais não há trabalho digno.

Desta forma, importante destacar que, para evitar afronta ao princípio da dignidade humana, devem ser estabelecidos limites à flexibilização.

Se a flexibilização for admitida como recurso imprescindível para a continuidade da empresa, há que se verificar se a crise econômica de fato está causando efetivo prejuízo ao empreendimento, ao ponto de impossibilitar sua continuidade ou desencadear sucessivas dispensas, ou se o caso trata-se apenas de aumento da margem do lucro já existente.

[...] a tendência entre os doutrinadores é na direção da flexibilização como solução para os conflitos sociais gerados pelo desemprego crescente, sempre de forma responsável, sem abuso e desde que a empresa comprovadamente esteja atravessando grave crise econômica. A flexibilização não pode servir de fundamento para aumentar o lucro ou o enriquecimento dos sócios, mas para a manutenção da saúde da empresa e, consequentemente, do nível de emprego (CASSAR, 2011, p. 34).

Acaso possibilitada a flexibilização, ressalta-se que devem ser evitadas medidas de flexibilização adotadas de forma generalizada e independente de prévia análise das circunstâncias econômicas de cada setor ou atividade empresarial.

Não se pode permitir a redução de direitos trabalhistas duramente conquistados apenas para privilegiar a competitividade de determinada empresa. Historicamente, movimentos econômicos e sociais “determinaram a necessidade de surgimento da tutela do direito do trabalho como instrumento de garantia do bem-estar social” (ERCOLE FILHO, 2009, p. 165).

É cediço que a negociação com o objetivo de reduzir o patamar mínimo de direitos confere indene precarização e prejuízo à classe trabalhadora, pois contraria as grandes mobilizações da humanidade vislumbradas na história das conquistas de direitos relativos à dignidade, através de greves e árduos enfrentamentos.

Assim, quando se trata de flexibilização ou flexissegurança, não se pode deixar de lado a função essencial do Direito do Trabalho, qual seja, melhoria da condição social e econômica do trabalhador.

3 Flexibilização, crise econômica, negociação coletiva e convenção nº 154 da OIT

O ordenamento jurídico brasileiro, clássico ou tradicional, detém como efeito básico na sistemática de solução de conflitos trabalhistas suprimir ou reduzir a regulação pela própria sociedade para enfatizar a regulação pelo Estado.

Consoante Delgado (2008), a negociação coletiva e seus instrumentos clássicos no modelo jurídico brasileiro não possuem função decisiva. Isto é, enquanto em outros países prevalece a administração dos conflitos pelas partes envolvidas (autoadministração), no Brasil prepondera a sistemática de solução dos conflitos sociais pelo Estado (heteroadministração):

De fato, no modelo jurídico brasileiro tradicional jamais foi decisivo o papel da negociação coletiva e seus instrumentos clássicos (convenção coletiva do trabalho, contrato coletivo e acordo coletivo), a par de outros mecanismos de normatização autônoma – como aqueles insitidos à representação obreira na empresa. Em termos comparativos, enquanto no padrão justrabalhista democrático dos países centrais há uma hegemonia das formas de auto-administração dos conflitos sociais, na história justrabalhista brasileira sempre preponderou uma dominância incontestável da sistemática de heteroadministração dos conflitos sociais, fundada no Estado (DELGADO, 2008, p. 122-123).

Sob esse aspecto, pretende-se através da flexibilização diminuir o âmbito de aplicação da legislação trabalhista para aumentar o campo das matérias que podem ser tratadas por negociação entre as partes, atenuando os limites impostos pelo ordenamento jurídico.

Tal entendimento objetiva a redução de direitos normativamente estabelecidos pelo Estado, com o deslocamento da solução de conflitos para as negociações diretas pelas partes por meio de acordos e convenções coletivas.

Uma das formas de combate apresentadas contra a crise econômica é a redução dos direitos trabalhistas, que pode ser delineada como a regulação das relações laborais pelos sindicatos representantes dos trabalhadores e pelas empresas, estas diretamente ou por intermédio do sindicato patronal, sem sujeição ao Estado.

A regulação do trabalho pelas partes a fim de atender aos seus interesses mediante recíprocas concessões pode ser uma medida eficaz para a solução de conflitos e para a atenuação da crise econômica, possibilitando a continuidade de empresas.

Partindo dessas premissas, a flexibilização atenderia ao disposto na Convenção nº 154 da OIT, promulgada pelo Decreto nº 1.256, de 29 de setembro de 1994, a qual trata do incentivo à negociação coletiva e se refere a todos os setores da atividade econômica.

Quanto ao âmbito de aplicação, a Convenção estabelece que o ordenamento jurídico ou as práticas nacionais podem determinar a amplitude das garantias previstas na Convenção em relação às Forças Armadas e à Polícia, bem como podem estipular modalidades específicas de aplicação à Administração Pública.

Negociação coletiva, nos termos da referida norma internacional, abrange todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com finalidade de estipular as condições de trabalho e emprego, regular as relações entre empregadores e trabalhadores ou as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos esses objetivos de uma só vez.

Entretanto, a Convenção expõe que o ordenamento jurídico pátrio ou a prática nacional poderão determinar o alcance da expressão “negociação coletiva” às negociações com os representantes dos trabalhadores, devendo ser adotadas, caso necessário, medidas apropriadas para garantir que a existência desses representantes não seja utilizada em detrimento da posição das organizações de trabalhadores interessadas.

A Convenção estabelece que as suas disposições devem ser implementadas por meio da legislação pátria que possibilite a todos os empregadores e a todas as categorias de trabalhadores a negociação coletiva, a extensão progressiva desta a todas as matérias a que se referem os anexos “a”, “b” e “c”, do seu artigo 2º, bem como a fixação de normas de procedimento acordadas entre as organizações de empregadores e as de trabalhadores.

Destaca-se que em seu art. 4º a Convenção dispõe que a negociação coletiva não deve ser impedida em razão da inexistência ou do caráter impróprio da legislação nacional e, ainda, que os órgãos e os procedimentos de resolução dos conflitos trabalhistas contribuam para o estímulo à negociação coletiva.

Nesse diapasão, a norma internacional determina a adoção de medidas adequadas às condições nacionais para o estímulo à negociação coletiva, com a provisão pelo Estado membro de insti-

tuições de conciliação e de arbitragem, ou de ambas, para a participação voluntária das partes na negociação coletiva.

Por fim, ressalta que as medidas previstas para estimular a negociação coletiva não devem ser concebidas ou utilizadas de modo a obstruir a liberdade de negociação coletiva. Porém, expõe que as medidas adotadas pelas autoridades públicas para incentivar o desenvolvimento da negociação coletiva devem ser objeto de consultas prévias e, quando possível, de acordos entre as autoridades públicas e as organizações patronais e as de trabalhadores.

Desta forma, considerando que Convenção nº 154 da OIT dispõe acerca do estímulo à negociação coletiva e, principalmente, da não obstrução da liberdade de negociação coletiva, pode-se defender que a flexibilização – como proposta para incentivar a regulamentação das relações laborais pelas partes e seus representantes – atende ao cumprimento da norma internacional.

Gunther (2011, p. 13), ao tratar da importância do estudo das normas da OIT pelo Magistrado da Justiça do Trabalho, expõe que a Organização Mundial do Trabalho “detecta os problemas e propõe soluções na área trabalhista para o mundo inteiro”, de modo que questões trabalhistas “são vistas e resolvidas de forma global”.

A partir da diversidade de legislações trabalhistas entre países, com variados níveis de direitos assegurados aos trabalhadores, surge um interesse pelo respeito de direitos e relações trabalhistas para além das fronteiras de cada país, mormente considerando a globalização e a multinacionalização de empresas.

Nesse ponto merece destaque a atuação da OIT para a promoção em alguns países e para a manutenção em outros de um patamar mínimo de direitos dos trabalhadores a fim de garantir dignas condições de labor.

O fundamental sentido da OIT é “reunir elementos de convicção, analisá-los e apresentar estudos consistentes com o objetivo de equilibrar as relações entre o capital e o trabalho” (GUNTHER, 2011, p. 26).

Assim, a Convenção nº 154, ao estimular a negociação coletiva, não está orientando a redução do patamar mínimo de direitos trabalhistas já previstos na legislação do Estado-membro, pois inclusive expõe que a adoção de medidas de incentivo à negociação coletiva deve ser adequada às condições nacionais.

Ademais, em razão da diversidade de Estados-membros componentes da OIT, sua linguagem costuma ser diplomática e plástica (GUNTHER, 2011, p. 13). Sob esse aspecto, não é possível afirmar categoricamente que a mencionada Convenção, para o cumprimento das suas disposições, pugna pela diminuição das garantias aos trabalhadores.

Defensores da corrente do neoliberalismo sustentam que o ordenamento jurídico trabalhista dificulta a gestão empresarial e pode obstar o crescimento econômico:

Nota-se que os defensores da corrente neoliberalista entendem que a causa da quebra financeira das empresas é devido ao fato destas serem obrigadas aos pagamentos dos elevados encargos trabalhistas, dificultando a gestão empresarial e o crescimento econômico. Nesse sentido, muitos empresários e sindicatos têm insistido na tese de que a negociação coletiva deve prevalecer, especialmente em momentos como este, de crise financeira mundial (SILVA, 2013).

Para estes, a flexibilização fomenta a elaboração de um sistema jurídico direcionado a valorizar a negociação entre as partes, em oposição a um sistema rígido de solução de conflitos. Partem do pressuposto da existência de um ordenamento jurídico rígido e da necessidade de criação de mecanismos para adaptações que confirmam uma maleabilidade à dinâmica da economia.

A função do Estado nas modernas relações de trabalho é trazida à baila, com o objetivo de atenuar a contemporânea rigidez das normas do Direito do Trabalho para ampliar a força normativa das disposições originadas por negociações coletivas entre os trabalhadores, sendo estes representados pelos sindicatos, e o empregador, cuja representação por entidades sindicais patronais é facultativa.

Todavia, observa-se que a flexibilização não configura meramente a adaptação da norma jurídica trabalhista, e sim a diminuição de direitos conquistados da classe proletária, pois o discurso surge a partir do pressuposto de que os encargos trabalhistas são elevados e favorecem a quebra de empresas em tempos de crise econômica.

Deve-se considerar que “a noção de trabalho ultrapassa a dimensão puramente econômica e torna-se uma categoria antropológica: o homem tem natureza, e o trabalho é uma das suas atividades essenciais” (GASDA, 2011, p. 48). Isso porque a ausência de subordinação ao ordenamento jurídico e ao Estado pode ensejar o desatendimento às garantias mínimas necessárias para a promoção da dignidade humana.

4 Direito do trabalho francês diante da crise

Desde 2008 a economia francesa encontra-se fortemente atingida pela crise econômica, a qual desencadeou o declínio da indústria, o déficit comercial, o mau estado das finanças públicas, a

diminuição do poder de compra e o aumento do desemprego, entre outros fatores.

O país enfrenta a grande destruição de postos de trabalho e queda de emprego de considerável amplitude, acompanhada de tenso clima social. Dados de 2011 demonstraram o crescimento do número de desempregados na França, maior que o registrado no mesmo período de 2010. Em novembro de 2011, o quantitativo de desempregados foi o pior dos últimos 12 anos e atingiu, conforme o Ministério do Trabalho do país, 2,8 milhões de pessoas – o que configura uma elevação de 1,1% em comparação ao mês anterior (outubro) e representa quase 30 mil pessoas a mais em busca de emprego.⁴

Em razão do desemprego ocasionado pelo crescimento econômico insuficiente, o poder de compra da população diminui cada vez mais, o que causa a estagnação da economia. Essa queda do consumo reduz as receitas do imposto único (IVA), de forma que agrava o já grande déficit nacional.⁵

Além disso, “não podemos esquecer o círculo vicioso que é gerado em uma sociedade com nível alto de desemprego e de falta de estabilidade, desaquecendo a economia e sendo um fator agravante de mais desemprego” (VILLATORE, [200-]).

Nesse difícil contexto, o termo modernização passa a ser muito usado na França. Consoante Laulom (2011, p. 141), surge o entendimento de que a legislação trabalhista é inadequada para uma nova realidade econômica e social, sendo transmitida a ideia de um direito do trabalho economicamente ineficiente e em parte responsável pelo fraco desenvolvimento econômico e por uma redução muito lenta da taxa de desemprego.

O mercado de trabalho francês é caracterizado por uma maior mobilidade dos trabalhadores em razão de períodos alternados de atividade e inatividade. A mobilidade é acompanhada por dificuldade na integração de determinados grupos (jovens e desempregados por longo período), enquanto alguns setores da economia detêm conhecida dificuldade de recrutamento.

Segundo exposto por Laulom (2011), essa profunda transformação do mercado de trabalho, no entanto, não se traduz em uma modernização suficiente de disposições legais e contratuais francesas.

Para Laulom (2011) a solução proposta naquele país é uma modernização profunda do mercado de trabalho “para assegurar

⁴ Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Negocios-e-carreira/noticia/2011/12/crise-economica-deixa-28-milhoes-de-desempregados-na-franca.html>>. Acesso em: 23 ago. 2012.

⁵ Disponível em: <<http://www.onip.org.br/noticias/sintese/a-crise-economica-na-franca/>>. Acesso em: 23 ago. 2012.

rar um novo equilíbrio, que pode combinar ao mesmo tempo o desenvolvimento da empresa, a mobilidade laboral inerente às mudanças econômicas e segurança dos trabalhadores", conforme abaixo.

Così secondo il documento d'orientamento il mercato del lavoro francese sarebbe caratterizzato da una mobilità crescente dei lavoratori, che alternano periodi di attività e di inattività, mobilità che si accompagna a difficoltà di inserimento di certe categorie (giovani, disoccupati di lunga durata), mentre alcuni settori dell'economia conoscono difficoltà di reclutamento. "Questa profonda trasformazione del mercato del lavoro non si traduce tuttavia in una modernizzazione sufficiente delle nostre disposizioni che siano legislative o contrattuali". Il rimedio proposto è "a modernizzazione in profondità del nostro mercato del lavoro per garantire un nuovo equilibrio suscettibile di conciliare allo stesso tempo lo sviluppo dell'impresa, la mobilità del lavoro, inerente ai mutamenti economici, e la sicurezza dei lavoratori" (LAULOM, 2011, p. 144).⁶

As autoridades públicas francesas passam a utilizar o Direito do Trabalho como ferramenta para limitar os efeitos da crise econômica sobre o emprego. Essas medidas surgem como resposta à crise no mercado de trabalho e objetivam contribuir para o crescimento econômico francês, para a implantação da flexissegurança e para promover um diálogo social.

Há uma grande utilização do termo flexissegurança, palavra emprestada da União Europeia que significa a junção da flexibilidade em prol das empresas e da segurança/estabilidade para os empregados.

Foi editada a lei sobre a modernização do mercado de trabalho, de 25 de junho de 2008, que, na realidade, possui como conteúdo um acordo nacional interprofissional assinado pelos principais sindicatos franceses em 11 de janeiro de 2008. Esse acordo resultou de um novo método legislativo chamado diálogo social,

⁶ "Assim, segundo o documento de orientação, o mercado de trabalho francês seria caracterizado por uma mobilidade crescente de trabalhadores, que alternam períodos de atividade e inatividade, mobilidade esta que vem acompanhada de uma dificuldade de inserção de certas categorias (jovens, desempregados há muito tempo), enquanto alguns setores da economia encontram dificuldade de recrutamento. 'Esta profunda transformação do mercado de trabalho não se traduz, todavia, em uma grande modernização das nossas disposições tanto legislativas quanto contratuais'. O remédio proposto é 'a profunda modernização do nosso mercado de trabalho para garantir um novo equilíbrio suscetível de conciliar ao mesmo tempo o desenvolvimento da empresa, a mobilidade do trabalho, inerente às mudanças econômicas, e a segurança dos trabalhadores.'"

consistindo no envolvimento de parceiros sociais no processo legislativo francês (LAULOM, 2011, p. 142).

O governo francês convida parceiros sociais para tratar de qualquer projeto de reforma que se refira a relações de trabalho individuais e coletivas, formação profissional e ocupações. O governo fornece aos parceiros sociais um documento que contém dados diagnosticados, objetivos a serem alcançados e as principais opções, denominado de documento de orientação:

La modernizzazione consiste, in questo caso, nel coinvolgimento esplicito delle parti sociali nel processo legislativo. In modo molto simbolico è attraverso questa nuova procedura che si apre oggi lo stesso Code du Travail. Secondo il suo art, il governo deve invitare le parti sociali a negoziare su ogni progetto di riforma proposto che verta sui rapporti individuali e collettivi di lavoro, l'occupazione e la formazione professionale. Ai fini della negoziazione il governo deve presentare alle parti sociali un documento di orientamento che presenti gli elementi di diagnosi, gli obiettivi da perseguire e le principali opzioni. La formalizzazione del ruolo delle parti sociali, che le pone, secondo il linguaggio del disegno di legge, "nel cuore della elaborazione delle riforme che riguardano il diritto del lavoro", non è evidentemente slegato dal ruolo riconosciuto alle parti sociali dal diritto comunitario (LAULOM, 2011, p. 143).⁷

Entretanto, o governo francês mantém a opção de invocar a urgência e adotar medidas legislativas ou regulamentares sem passar por esse diálogo social:

Il governo conserva tuttavia un importante margine di manovra. Da una parte può sempre invocare l'urgenza per poter adottare misure legislative o regolamentari senza dover passare attraverso questo percorso concertativo e, dall'altra parte, il Parlamento resta evidentemente libero di adottare le leggi senza essere

⁷ “A modernização consiste, neste caso, no envolvimento explícito das partes sociais no processo legislativo. De modo muito simbólico é através deste novo procedimento que se abre hoje o próprio *Code du Travail*. Segundo seu artigo, o governo deve convidar as partes sociais para negociar cada projeto de reforma proposto que foque em relações individuais e coletivas de trabalho, a ocupação e a formação profissional. Para fins de negociação o governo deve apresentar às partes sociais um documento de orientação que apresente os elementos de diagnóstico, os objetivos a serem atingidos e as principais opções. A formalização do papel das partes sociais, que as define, segundo a linguagem do projeto de lei, ‘no coração da elaboração das reformas que se referem ao direito do trabalho’, não está evidentemente separada do papel reconhecido das partes sociais do direito comunitário.”

vincolato da questa procedura. Attualmente è in corso di discussione in Parlamento un disegno di legge che estende anche ai testi di origine parlamentare questa procedura di concertazione (LAULOM, 2011, p. 143).⁸

Consoante Laulom (2011), são adotadas ainda outras medidas, como a edição da Lei de 20 de agosto de 2008, que alarga o âmbito da negociação coletiva. Na França apenas os sindicatos representativos eram investidos do poder de negociar e celebrar instrumentos coletivos e, com o advento da citada lei, são redefinidos os atores sociais com direito a negociar:

La legge, che ancora una volta si presenta come portatrice di una “modernizzazione”, in questo caso delle relazioni industriali, interviene in un momento in cui esiste un relativo consenso sulla necessità di riformare le condizioni della rappresentatività, che in Francia consente l’accesso alla contrattazione collettiva. In Francia, al di là di qualche eccezione, solo i sindacati rappresentativi sono investiti del potere di negoziare e concludere contratti e accordi collettivi. [...] La posizione comune definisce l’obiettivo di queste nuove regole: si tratta di rafforzare la legittimità degli accordi siglati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori nel quadro dell’ampliamento del ruolo attribuito alla contrattazione collettiva. È dunque in effetti il rapporto contrattazione collettiva/legge che è in gioco nella ridefinizione degli attori legittimati a negoziare. [...] L’obiettivo dichiarato è quello di assicurare una maggiore legittimità agli accordi sindacali conclusi. Nel tempo la legge potrebbe influenzare il paesaggio sindacale francese, essendovi l’obiettivo di arrivare ad un ravvicinamento di alcune organizzazioni sindacali. La legge contribuisce, inoltre, ad un ravvicinamento delle diverse strutture di rappresentanza dei lavoratori in azienda: i rappresentanti eletti e i rappresentanti sindacali. Nel tempo sarà addirittura la stessa distinzione tra rappresentanza elettiva e sindacale che potrebbe essere toccata (LAULOM, 2011, p. 151-152).⁹

⁸ “O governo conserva, todavia, uma importante margem de manobra. De um lado, pode sempre alegar urgência para poder adotar medidas legislativas ou regulamentais sem ter de passar por esse percurso de concentração e, de outro lado, o Parlamento permanece evidentemente livre para adotar as leis sem estar vinculado a esse procedimento. Atualmente está em discussão no Parlamento um projeto de lei que estende esse procedimento de conciliação aos textos de origem parlamentar.”

⁹ “A lei, que mais uma vez apresenta-se como portadora de uma ‘modernização’, neste caso das relações industriais, intervém em um momento onde existe um relativo consenso sobre a necessidade de reformar as condições da representatividade, que na França permite o acesso à contratação coletiva. Na França, além de algumas exceções, somente os sindicatos representativos têm o

Segundo Antoine Jeammaud, professor da Universidade de Lyon, na França, as medidas adotadas quanto à negociação coletiva constituem importante ferramenta para o seu país, expondo que “hoje em dia, é impressionante a importância do campo de negociação coletiva que facilita as relações de trabalho, como remuneração, normas públicas e acordos coletivos” (JEAMMAUD *apud* MARTINS, 2010).

Assim, observa-se que a crise econômica desencadeou a reforma trabalhista na França, destacando a relevância da negociação coletiva para a solução de conflitos, a fim de possibilitar a manutenção de postos de trabalho em meio à crise.

Nesses casos, o trabalhador, de modo consciente e representado pelo sindicato, optaria por sacrificar alguns direitos trabalhistas com a finalidade de se manter empregado, em prol da harmonização de interesses tendo em vista a difícil situação enfrentada pela empresa, concernente à ameaça à continuidade do negócio e consequente eliminação de postos de trabalho. Isso porque a flexibilização, por meio da negociação coletiva, deve ser um mecanismo aplicado somente a situações em que houver convergência, no caso concreto, entre os reais interesses de empregadores e empregados, para afastar a drástica perda da renda e repentina diminuição do padrão de vida de empregados.

Frente às dificuldades econômicas, necessário fez-se repensar os métodos de produção e de organização laboral. As alterações legislativas partiram do pressuposto de que na França a legislação trabalhista não estava adequada para a realidade econômica e social envolta pela crise, de modo que se considerou o Direito do Trabalho economicamente ineficiente e coadjuvante do baixo crescimento econômico, fazendo com que as autoridades públicas passassem a utilizá-lo como instrumento para limitar os resultados da crise.

Segundo Laulom (2011), as medidas em resposta à explicitada crise no mercado de trabalho foram várias e objetivaram permitir o crescimento econômico da França baseado na flexissegurança e no diálogo social, ou seja, a flexibilidade em relação às empresas e a

poder de negociar e concluir contratos e acordos coletivos. [...] A posição comum define o objetivo destas novas regras: trata-se de reforçar a legitimidade dos acordos fechados pelas organizações sindicais dos trabalhadores no quadro da ampliação do papel atribuído à contratação coletiva. É, portanto, realmente a relação contratação coletiva/lei que está em jogo na redefinição dos atores legitimados a negociar. [...] O objetivo declarado é o de assegurar uma maior legitimidade aos acordos sindicais conclusivos. Com o tempo a lei poderia influenciar o cenário sindical francês, cujo objetivo seria aproximar-se de algumas organizações sindicais. A lei contribui, além disso, para uma aproximação com as diversas estruturas de representação dos trabalhadores na empresa: os representantes eleitos e os representantes sindicais. Ao longo do tempo haverá inclusive a mesma distinção entre representante eleito e sindical que poderá ser afetado.”.

segurança e estabilidade dos trabalhadores, bem como o envolvimento de todas as entidades sociais no processo de legislação da França para o enfrentamento da crise. Desse modo, na França o Direito do Trabalho passa a ser visto como uma ferramenta para combater a crise.

Conforme exposto, surgiram duas leis, a de 25 de junho de 2008, que versava sobre a atualização do mercado de trabalho, e a de 20 de agosto do mesmo ano, que possuía duas partes, a primeira relacionada ao tempo de trabalho e a segunda referente à renovação da democracia social.

As mudanças foram diversas e baseadas na criação de um novo modo de cessação do contrato de trabalho, no qual há a resolução consensual do contrato entre o empregador e o empregado, sem a discussão acerca das parcelas relacionadas aos direitos de prestações de desemprego.

Outra mudança é a criação de novo contrato a termo, o chamado contrato de projeto, reservado para engenheiros e gestores, podendo ter uma duração entre 18 e 36 meses.

Houve, ainda, a pretensão de desconstituição da jornada de 35 horas semanais, em contraposição às leis anteriores de 1998 e de 2000, as quais haviam reduzido o horário de trabalho na tentativa de aumentar o número de pessoas empregadas, quando foi fixada a duração semanal em 35 horas.

Nesse sentido, em 2007 a lei de 21 de agosto estabeleceu mecanismos para incentivar o labor em horas extras, com incentivos fiscais por meio de benefícios do governo às empresas que exigissem labor extraordinário de seus empregados.

A Lei de 20 de agosto de 2008 fortaleceu o movimento da negociação coletiva, reconhecendo a sua prevalência, promovendo formas de organização flexível do trabalho.

Outra inovação é a situação do desemprego parcial, que possibilita que os desempregados, além de receber o subsídio de desemprego, possam trabalhar meio período ou ter atividade por conta própria. Ainda mais pelo fato de que em período de crise o trabalho a tempo parcial e a atividade independente assumem crucial importância no momento em que as empresas procuram mão de obra flexível e com o mínimo de encargos sociais.

O Decreto de 30 de março de 2009 limitou o salário de executivos de empresas que recebem subsídios do governo e impediu opções de ações e distribuição de ações gratuitas.

Não obstante as modificações legislativas, a França apresentou os seguintes dados em 2012¹⁰:

¹⁰ INSEE - Instituto Nacional de Estatística francês, FMI, OFCE e Ministério do Trabalho Francês - Publicado em 7/02/12 - jornal "Le Monde" – PARIS.

- a) 1.700.000 pessoas à procura de trabalho durante um período de pelo menos 12 meses;
- b) 2.800.000 desempregados;
- c) a pobreza atinge 13,5% da população;
- d) o crescimento econômico em 2010 era de 1,6%;
- e) o crescimento econômico estimado para 2012 é de 0,5% segundo INSEE e de 0,2% para FMI e OFCE;
- f) a taxa de desemprego é de 10%;
- g) a dívida pública é de 85% do PIB;
- h) em três anos de crise, houve 750 suicídios a mais na França e dispararam as tentativas de suicídio.

Desse modo, não é possível afirmar de forma categórica que essas medidas foram eficientes para combater a crise, pois a maioria das reformas legislativas ocorreu entre 2008 e 2009 e o que se percebeu até agora foi apenas o aumento do desemprego na França.

Em períodos de crise econômica, empresários pugnam pela redução dos custos da mão de obra em decorrência do sustentado excesso de proteção legal aos trabalhadores.

Todavia, pequenas e pontuais flexibilizações na legislação trabalhista podem ser admitidas quando utilizadas no estrito sentido da lei. O que não se pode é permitir a ampla atenuação da proteção ao trabalhador ou a desregulamentação do Direito do Trabalho, pois configuram garantias impostergáveis, de ordem pública e imperativas, nas quais predomina o resguardo do trabalhador como um ser humano.

Conclusão

Verifica-se que, em tempos de crise econômica mundial, uma das maiores preocupações constitui o aumento do desemprego, não podendo o mercado contratar todos e absorver essa oferta de trabalhadores.

Em situações nas quais ocorre um excesso de oferta de um bem, a solução, de acordo com leis básicas da economia, seria a redução de seu preço de modo a gerar o aumento da procura, eliminando o excesso daquela oferta do início. Ocorre que, ao ter por base o bem “trabalho”, o preço a ser diminuído seria o salário ou o custo dos direitos assegurados.

Porém, existem fatores que impossibilitam as variações do preço do salário ou do custo decorrente da relação de trabalho, ou seja, há um salário mínimo e uma legislação trabalhista que obsta a sua flexibilidade, isto é, em tempos de crise, tanto as empresas como os governos e os trabalhadores enfrentam um grande dilema.

Frente ao colapso da economia, as empresas não conseguem manter todos os seus trabalhadores nas mesmas condições de trabalho de um período sem crise. O governo precisa auxiliar as empresas a manter sua produção para que tenham possibilidade de concorrência e de barganha em um mundo globalizado, bem como fomentar a existência de postos de trabalho para os trabalhadores poderem sustentar suas famílias e consumir. Porém, imperam dificuldades quanto ao estabelecimento de limites mínimos a serem preservados.

Assim, a flexibilização é apontada como uma solução para os conflitos sociais gerados pelo desemprego crescente, a exemplo do que ocorreu na França. Observa-se que a crise econômica promoveu a reforma trabalhista na França, destacando a relevância da negociação coletiva para a solução de conflitos, com o objetivo de manter postos de trabalho, o que atenderia ao disposto na Convenção nº 154 da OIT, a qual trata do incentivo à negociação coletiva.

Entretanto, existem direitos trabalhistas que se encontram acima da vontade negocial dos trabalhadores, das empresas e dos sindicatos, de modo que a flexibilização, ou flexissegurança, não constitui apenas a adaptação da norma jurídica trabalhista, mas sim a diminuição de direitos duramente conquistados.

Desta feita, para evitar abusos, a medida deve ser adotada somente como último recurso e desde que a empresa comprovadamente esteja atravessando uma grave crise econômica, isso porque a flexibilização não pode ser utilizada como justificativa para aumento do lucro ou enriquecimento dos sócios. Ao contrário, fundamenta-se apenas para a manutenção da saúde da empresa e, consequentemente, do nível de emprego.

Referências

- AFONSO, Jaqueline Ganzert. *BRICS e o rumo de uma liderança inexistente*. **Conjuntura Global**, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 19-23, jan./mar. 2013.
- ALEGRIA, Felipe. *A Europa e a crise econômica mundial*. Trad. de Cecília Toledo. **Marxismo Vivo**, São Paulo, n. 20, p. 52-66, 2009.
- BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.
- DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *O Direito do Trabalho em tempos de crise econômica*. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 3 jun. 2009. Não paginado. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jun-03/desafios-direito-trabalho-tempos-crise-economica>>. Acesso em: 19 dez. 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho.* 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.

ERCOLE FILHO, Roggi Attilio. *A tutela constitucional dos direitos dos trabalhadores como instrumento do bem-estar.* In: HASSON, Roland. *Direitos dos trabalhadores & direitos fundamentais.* Curitiba: Juruá, 2009. Página inicial e final do capítulo (ou número do capítulo) de Ercole Filho

FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara; **RENAULT, Luiz Otávio Linhares.** *Crise financeira mundial: tempo de socializar prejuízos e ganhos.* Rev. Trib. Reg. Trab. 3^a Reg., Belo Horizonte, v. 48, n. 78, p. 195-217, jul./dez. 2008.

GASDA, Élio Estanislau. *Trabalho e capitalismo global: atualidade da doutrina social da igreja.* São Paulo: Paulinas, 2011.

GUNTHER, Luiz Eduardo. *A OIT e o direito do trabalho no Brasil.* Curitiba: Juruá, 2011.

KRUGMAN, Paul; **WELLS, Robin.** *Introdução à economia.* Trad. de Helga Hoffmann. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LAULOM, Sylvaine. *Il diritto del lavoro francese di fronte alla crisi.* In: LOY, Gianni (Org.). *Diritto del lavoro e crisi economica - misure contro l'emergenza ed evoluzione legislativa in Italia, Spagna e Francia.* Roma: EDIESSE, 2011.

MAGALHÃES, Maria Lúcia Cardoso de. *Um novo olhar sobre o TTP - trabalho a tempo parcial.* Rev. Trib. Reg. Trab. 3^a Reg., Belo Horizonte, v. 46, n. 76, p. 247-257, jul./dez. 2007. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_76/>. Acesso em: 19 dez. 2012.

Maria_Magalhaes.pdf> Acesso em: 19 dez. 2012.

MAISTRO JUNIOR, Gilberto Carlos; **CASTRO, José Antonio Fernandes.** *A flexibilização dos direitos trabalhistas como forma de combate ao desemprego.* BONIJURIS, Curitiba, ano XV, nº 474, maio/2003.

MARTINS, Geiza. *Flexibilidade e estabilidades são incompatíveis.* Consultor Jurídico, São Paulo, 13 mar. 2010. Não paginado. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-mar-13/flexibilidade-empresa-segurancafuncionario-sao-incompativeis>>. Acesso em: 23 ago. 2012.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A crise financeira global e depois: um novo capitalismo?* Novos estud. - CEBRAP, São Paulo, n. 86, mar. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-300210000100003> Acesso em: 19 dez. 2012.

ROUBINI, Nouriel; **MIHM, Stephen.** *A economia das crises: um curso-relâmpago sobre o futuro do sistema financeiro internacional.* Trad. de Carlos Araújo. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2010.

SILVA, Elisa Maria Nunes da. *Flexibilização das normas trabalhistas em meio de crise econômica mundial.* Âmbito Jurídico, Rio Grande, ano XVI, n. 118, nov. 2013. Não paginando. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8458>. Acesso em: 20 dez. 2013.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *A super-subordinação - invertendo a lógica do jogo.* Rev. Trib. Reg. Trab. 3^a Reg., Belo Horizonte, v. 48, n. 78, p. 157-193, jul./dez. 2008.

VILLATORE, Marco Antônio César. *Flexibilização do Direito do Trabalho - Novidades na União Europeia*. Acervo eletrônico doado ao Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região em 3 dez. 2010. Não paginado. Disponível em: <http://www.trt9.jus.br/apej/artigos_doutrina_macv_05.asp>. Acesso em: 19 dez. 2012.

_____. *Reforma Trabalhista e Duração do Trabalho*. [200-]. Disponível em: <http://www.mouraborges.adv.br/MB5_reforma%20trabalhista%20e%20duracao%20do%20trabalho.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2012.

O advogado empregado público: uma visão atual sob a ótica do Estatuto da Advocacia

Gustavo Tanger Jardim

*Advogado da CAIXA no Rio Grande do Sul
Pós-graduado em Direito Civil pela UniRitter/RS*

*Especialização em Direito na Università
degli Studi di Sassari/Itália*

*Pós-graduado em Direito e Processo do
Trabalho pela UNIDERP*

RESUMO

Por força da Constituição Federal do Brasil, as relações de emprego das empresas estatais sofrem derrogação parcial das normas de direito privado em favor de certas regras de direito público. Não bastasse isso, a relação de emprego do advogado com a Administração Pública também deve estar blindada pelas garantias postas no Estatuto da Advocacia, evitando que a independência profissional seja ameaçada, bem como seja preservada a dignidade do exercício da profissão. Dentro dessa linha, o estudo visa realizar uma análise crítica sobre o feixe de relações que emergem da contratação do advogado pela Administração Pública indireta.

Palavras-chave: Emprego público. Advogado empregado. Estabilidade diferenciada. Carga de trabalho.

RIASSUNTO

Secondo la Costituzione della Repubblica brasiliana i rapporti di lavoro della azienda pubblica soffrono parziale deroga delle norme di diritto privato a favore di determinati norme di diritto pubblico. Non solo, l'assunzione di un avvocato da azienda pubblica è rafforzata dell'ordinamento della professione forense. Lungo questa linea, lo articolo scientifico si propone di condurre un'analisi critiche della serie di relazioni che emergono da assumere l'avvocato per la pubblica amministrazione.

Parole chiave: pubblico impiego. L'avvocato dipendente. Stabilità differenziata. Carico di lavoro.

Introdução

Quando se aborda o tema das empresas com capital estatal e o seu regime de contratação de empregados, muitos imaginam – de forma equivocada – que a personalidade jurídica de direito privado ostentada pelas empresas públicas e pelas sociedades de economia mista as equipara integralmente às empresas pertencentes à iniciativa privada.

Esse engano pode ser facilmente elidido pela visão de Meireles (2003, p. 357) quando pontua que as empresas estatais são instituídas “para prestação de serviço público ou realização de atividade econômica de relevante interesse coletivo”. Ou seja, apesar de a Administração Pública apropriar-se de conceitos próprios da iniciativa privada como mecanismo de descentralização e agilidade na prestação de serviços, existem dois pontos fundamentais constantes nesse conceito que merecem ser ressaltados para confirmar as diferenças entre as empresas públicas e as privadas: “serviço público” e “interesse coletivo”. Lembra Mukai (2004, p. 164) que as atividades econômicas desenvolvidas pelo Estado Moderno ocorrem principalmente quando as atividades comerciais, ou os serviços, “não estão em condições de ser exercidas naturalmente pela iniciativa privada, ou por razões econômicas (desinteresse), ou pela própria natureza das coisas, ou por razões jurídicas”.

O mesmo raciocínio foi externado pelo ministro Ricardo Lewandowski no julgamento do Recurso Extraordinário 589.998, quando observou que, embora as empresas estatais ostentem natureza jurídica de direito privado, elas se submetem a regime híbrido, ou seja, sujeitam-se a um conjunto de limitações que teriam por escopo a realização do interesse público. Concluiu que, “assim, no caso dessas entidades, dar-se-ia derrogação parcial das normas de direito privado em favor de certas regras de direito público” (BRASIL, 2013d).

De acordo com essa premissa fundamental, as empresas privadas não podem ser confundidas com as estatais, porque o objetivo delas não está obrigatoriamente ligado aos serviços públicos, tampouco ao interesse coletivo. Não bastasse isso, a obrigatoriedade constitucional de concurso público¹ para a contratação de empregados corrobora a existência de *summa divisio* entre as empresas estatais e as privadas. Portanto, impossível afirmar que as empresas públicas e as privadas são exatamente iguais pelo simples fato de possuírem personalidade jurídica de direito privado, eis que as di-

¹ Art. 37, II, da CFB/88 – “a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos”.

ferenças apontadas são mais contundentes do que as semelhanças eventualmente existentes.

1 A estabilidade diferenciada do empregado público

Primeiramente, cabe lembrar que o empregado público está inserido na categoria de servidor público porque figura como um agente vinculado à Administração Pública direta ou indireta. Na visão de Meireles (2003, p. 391), servidor público em sentido amplo é aquele que se vincula à Administração “sob regime jurídico (a) estatário regular, geral ou peculiar, ou (b) administrativo especial, ou celetista (regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT), de natureza profissional e empregatícia”.

Em tese, o regime de contratação menos protetivo (CLT) permitiria às pessoas jurídicas de direito privado pertencentes à Administração Pública indireta – empresas públicas, sociedades de economia mista, consórcios privados, entre outras – contratarem empregados para desempenhar atividades principais sem preocupação com as exigências estatutárias.

Nesse contexto, os empregados públicos podem ser classificados como servidores públicos titulares de emprego público sujeitos ao regime jurídico da CLT, divergindo dos que ocupam cargo público pela impossibilidade de adquirir a estabilidade estatutária. Contudo, o fato de os empregados públicos não possuírem aptidão para adquirir a estabilidade preconizada na Constituição não significa que não detêm estabilidade no emprego, pois são titulares de uma estabilidade especial reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

O fato que gerou a necessidade de uma releitura da estabilidade do empregado público foi o recente julgado de nossa Corte Constitucional, reconhecendo no RE 589.998 que os “servidores de empresas públicas e sociedades de economia mista, admitidos por concurso público, não gozam da estabilidade preconizada no art. 41 da CF, mas sua demissão deve ser sempre motivada” (BRASIL, 2013d).

Esse novo entendimento do Supremo Tribunal Federal julgado sob a sistemática da repercussão geral não apenas fulminou o teor da Súmula 390 do TST² como também sepultou a Orientação Jurisprudencial 247 da SDI – I³, que preconizava a possibilidade de

² “*Estabilidade. Art. 41 da CF/1988. Celetista. Administração direta, autárquica ou fundacional. Aplicabilidade. Empregado de empresa pública e sociedade de economia mista. Inaplicável.*”

³ “*Servidor Público. Celetista concursado. Despedida imotivada. Empresa pública ou sociedade de economia mista. Possibilidade.*”

despedida imotivada de empregados públicos de empresas públicas admitidos mediante concurso público. Ou seja, o Supremo Tribunal Federal sedimentou o entendimento de que é necessária uma motivação adequada quando da despedida do empregado público concursado. Isso porque, na seara pública, a despedida é a mais grave penalidade disciplinar aplicável ao servidor público e ocorre em casos especialíssimos, como crimes contra a administração pública, improbidade administrativa, abandono do cargo, corrupção, entre outros.

Com esse raciocínio, a Corte Constitucional emprega coerência ao sistema, pois, se a Constituição de 1988 assevera que os empregados públicos devem preencher a vaga disponibilizada por meio de concurso público, não é razoável que se permita a despedida dos mesmos através de um mecanismo contrário aos princípios norteadores da Administração Pública.

Aliás, importante frisar que o ato de dispensa de empregado público é ato administrativo que está condicionado à legitimidade da motivação. Assevera Mukai (2004, p. 305) que, como “as empresas públicas (*lato sensu*) estão submetidas ao direito administrativo, na sua plenitude, os atos de seus dirigentes são atos administrativos”.

Considerando essa premissa, além da motivação, o ato administrativo de dispensa do empregado público deve conter uma motivação justa e adequada à espécie, ou seja, em sintonia com a teoria dos motivos determinantes. Ao aprofundar o estudo sobre a referida teoria, Mello (2004, p. 370) explica que os fatos que servem de suporte à decisão do agente integram a validade do ato. Esclarece, ainda, que a invocação de “motivos de fato falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato”.

Nesse compasso, o empregador deve tratar o ato de dispensa do empregado público com extremo zelo, não só pelo risco de viciá-lo com motivos falsos ou inexistentes como também pelo perigo de ferir os princípios da moralidade e da impessoalidade albergados na Lei Maior. No que tange ao risco de ofensa aos princípios constitucionais no caso de dispensa de empregado público, assim se pronunciou o ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho em recente recurso julgado perante o Tribunal Superior do Trabalho:

A motivação do ato de dispensa resguarda o empregado e, indiretamente, toda a sociedade de uma possível quebra do postulado da impessoalidade e moralidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir. Além disso, a exposição dos motivos viabiliza o exame judicial da legalidade do ato, possibilitando a compreensão e a contestação da demissão pelos interessados. Assim, a falta da exposição dos motivos ou a

inexistência/falsidade das razões expostas pela administração pública para a realização do ato administrativo de rescisão contratual acarreta a sua nulidade (BRASIL, 2013c).

Além da nulidade do ato, com efeito, o agente estatal que estiver investido do poder de demitir e assim o fizer por interesse pessoal, perseguição ou vingança estará sujeito às sanções por improbidade administrativa previstas no artigo 11 da Lei 8.429/92, eis que age em violação dos princípios da Administração Pública.

Para facilitar a compreensão do tema, podemos trazer como exemplo hipotético o caso do gestor que persegue determinado empregado subordinado por considerá-lo seu desafeto. Como vingança, além de sobrecarregá-lo na rotina diária de tarefas para forçá-lo a errar, entende por bem inaugurar um procedimento administrativo apurando possíveis irregularidades na condução do seu trabalho. Tal procedimento teria o escopo exclusivo de fundamentar, futuramente, a despedida do referido empregado. Comprovado que o gestor almeja unicamente prejudicar seu desafeto e encontrar um motivo falso para justificar sua despedida, não há como deixar de reconhecer a nulidade do ato por falsa motivação, além de improbidade administrativa.

Em exemplar julgado pelo Tribunal da Cidadania reconheceu-se que a prática de assédio moral como a descrita acima “enquadra-se na conduta prevista no art. 11, caput, da Lei de Improbidade Administrativa, em razão do evidente abuso de poder, desvio de finalidade e malferimento à impessoalidade, ao agir deliberadamente em prejuízo de alguém” (BRASIL, 2013b).

Dentro desse contexto, resta evidente o cometimento de ato de improbidade administrativa por parte do gestor, que poderá se sujeitar às penas previstas no artigo 12, III, da Lei 8.429/92. Não bastasse isso, o Superior Tribunal de Justiça assevera que os atos de improbidade administrativa que ofendem os princípios da Administração Pública dependem apenas “da presença do dolo genérico” (BRASIL, 2013a), prescindindo da análise de qualquer elemento específico para sua tipificação, bastando que o agente deixe consciente e livremente de cumprir as disposições legais, como no exemplo antes citado.

2 A relação de emprego e a subordinação do advogado

De acordo com o artigo 3º da CLT, considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual ao empregador sob dependência deste e mediante salário. Assim, para a caracterização do regime de emprego, o serviço prestado deve

ser realizado por pessoa física, não pode ser episódico, deve estar presente a onerosidade, bem como a subordinação.

Para a grande maioria dos empregados, sejam eles públicos ou privados, não existem maiores ponderações sobre os requisitos elencados na Consolidação Trabalhista. Contudo, nem todos os requisitos da relação de emprego podem ser aplicados quando se trata do advogado empregado.

Nos moldes da CLT, se o empregador assume os riscos do empreendimento, tem “o poder de organizar e dirigir a prestação de serviços. Desta forma, o empregado fica subordinado às ordens do empregador” (CORREIA, 2012, p. 113). Aprofundando o estudo sobre o ponto, Delgado (2009, p. 283) entende que existem três dimensões harmônicas da subordinação: a clássica, a estrutural e a objetiva. A dimensão clássica manifesta-se pela intensidade de ordens do tomador de serviços sobre o trabalhador, enquanto na estrutural não importa se o empregado recebe ou não ordens diretas da chefia, mas que ele esteja estruturalmente ligado à dinâmica operativa da atividade do tomador. A dimensão objetiva preocupa-se com a integração do trabalhador nos fins e objetivos do empreendimento, ainda que afrouxadas as amarras do vínculo empregatício.

De qualquer forma, seja a subordinação prevista na CLT ou a estratificada pela melhor doutrina, ambas tombam perante as normas insculpidas no Estatuto da Advocacia, considerando que a premissa da subordinação não é aplicável ao advogado empregado. Isso porque, assim como os médicos, que devem atentar para as normas próprias do seu ofício, os advogados – quando empregados nessa condição – exercem profissão ou funções diferenciadas que estão albergadas no estatuto profissional próprio, ou seja, na Lei 8.906/94. Preconiza o artigo 18 do Estatuto da Advocacia que a relação de emprego, na qualidade de advogado, não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional.

O Superior Tribunal de Justiça também reconhece que o advogado, ainda que submetido à relação de emprego, deve agir em conformidade com a sua consciência profissional e dentro dos parâmetros técnicos e éticos que o regem, “sem submissão ao poder diretivo do empregador” (BRASIL, 2010).

Nesse contexto, o fato de os advogados possuírem estatuto próprio não permite que o empregador exerça o poder diretivo sem observar o preconizado no Estatuto da Advocacia. Em outras palavras, deve ficar claro que qualquer ordem do empregador só pode ser lida através das lentes do Estatuto da Advocacia. Por esse motivo, forçoso concluir que a subordinação do advogado ao empregador não existe nos moldes previstos na CLT, mas nos termos

da Lei 8.906/94. Ou seja, apesar de o empregador assumir os riscos pelo empreendimento sem repassá-lo ao advogado empregado, inexiste a possibilidade de ele emitir ordens sem respeitar a isenção técnica e a independência profissional inerentes à advocacia.

Seria possível citar, a título de exemplo, o caso em que o empregador ordena que o advogado empregado submeta as peças processuais de sua autoria ao crivo de outro advogado. Ora, se o artigo 22 do Código de Ética e Disciplina assevera que o advogado não é obrigado a aceitar a indicação para atuar em conjunto com outro profissional no processo, a ordem emanada pelo empregador não pode ser acolhida, pois afronta diretamente o referido código, bem como macula a independência profissional.

Assim, o caso jamais poderia ser considerado como espécie de insubordinação, eis que é patente a impertinência da ordem emanada por violar o estatuto profissional da categoria. Não bastasse isso, a Coordenação Nacional da Advocacia em Estatais do Conselho Federal da OAB recentemente aprovou a Súmula nº 01, garantindo a todo advogado de entidade estatal a autonomia técnica profissional, não estando tal autonomia sujeita ao poder diretivo do empregador público, de gestor ou órgão jurídico a que se vincule.

Sobre o tema, também lembra Oliveira (2012, p. 356) que o empregador não pode determinar o que o advogado empregado deve escrever em suas peças, tampouco o obrigar

a tratar de assunto que seja contrário a entendimento por ele próprio firmado anteriormente de modo expresso, pois isso, de acordo com o que está posto na parte final do parágrafo único do art. 4º do Código de Ética e Disciplina da OAB, dá ensejo a que o advogado empregado se recuse a fazê-lo.

Aliás, não é recente a luta da Ordem dos Advogados do Brasil na defesa das prerrogativas dos inscritos em seus quadros, sobremaneira dos advogados empregados que se deparam, não raras vezes, em situação de conflito entre o poder diretivo do empregador e as garantias previstas no estatuto profissional. Por derradeiro, não seria demais afirmar que os maiores problemas são visualizados exatamente quando entram em confronto as prerrogativas dos advogados empregados públicos e o interesse da empresa estatal à qual eles estão vinculados.

3 Da constitucionalidade do artigo 4º da Lei 9.527/97

No ano de 1997 foi publicada a Lei 9.527, considerada por muitos obscura e oportunista, eis que almejava afastar a proteção já normatizada aos advogados empregados públicos. Ao arrepi-

do festejado Estatuto da OAB – que já dispunha sobre a relação de emprego do advogado –, a referida lei ingressou no cenário jurídico com a miserável missão de sepultar direitos trabalhistas.

Imbuída do espírito de mitigar direitos constituídos, a malfadada Lei 9.527/97 trouxe em seu artigo 4º que as disposições do Estatuto não se aplicariam às empresas públicas e às sociedades de economia mista.⁴

Considerando a flagrante ofensa ao estatuto profissional, prontamente o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ingressou com Ação Direta de Inconstitucionalidade contra o artigo 4º da Lei 9.527/97, medida que restou tombada sob o número 3.396, atualmente em tramitação perante o Supremo Tribunal Federal.

Em brilhante arrazoado, o Conselho Federal da OAB alertou que a lei atingia frontalmente os artigos 5º e 173 da Lei Maior. Ou seja, apesar de todas as peculiaridades que acompanham as atividades das empresas com capital público, a Constituição Federal deixou claro que as empresas públicas e as sociedades de economia mista deveriam respeitar o regime jurídico das empresas privadas quanto à sujeição às leis trabalhistas, entre outras.

Ensina Moraes (2007, p. 2003) que o artigo 173 da Constituição Federal determina de forma expressa “às empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”.

Atento à supremacia da Lei Maior, o Supremo Tribunal Federal concedeu medida liminar na ADI 1.552 asseverando que as empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividade econômica “estão sujeitas ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias” (BRASIL, 1998).

Nessa linha argumentativa, fora concedida a medida liminar suspendendo parcialmente a eficácia das expressões “empresas públicas” e “sociedade de economia mista”. Em que pese o teor da liminar, não seria aceitável esse agir do Estado pelo fato da impossibilidade de instituir empresas detentoras de regime jurídico de empresas privadas para, posteriormente, suprimir direitos trabalhistas dos seus empregados, obtendo vantagem injustificada. Tal manobra evidenciaria uma dupla ofensa à ordem constitucional.

⁴ “Art. 4º As disposições constantes do Capítulo V, Título I, da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, não se aplicam à Administração Pública direta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como às autarquias, às fundações instituídas pelo Poder Público, às empresas públicas e às sociedades de economia mista.”

A primeira agressão seria referente à impossibilidade de retrocesso dos direitos sociais. Lembra Canotilho (2003, p. 338) que o princípio do não retrocesso social dispõe que os direitos sociais, uma vez obtidos, passam a constituir uma garantia institucional quanto a um direito subjetivo, limitando a reversibilidade dos “direitos adquiridos”, o que violaria o princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos. No caso em comento, seria evidente retrocesso a supressão de direitos e garantias dos advogados empregados públicos já assegurados em seu estatuto profissional.

A segunda ofensa seria à isonomia entre as empresas que atuam no mercado. Considerando que todas as empresas privadas que contratam advogados empregados estão sujeitas às normas reguladoras da profissão – como a jornada regida pelo artigo 20 do Estatuto da OAB, por exemplo –, não existiria a possibilidade de afastar essa exigência das empresas públicas ou das sociedades de economia mista. Obviamente que tal benesse geraria vantagem exagerada às empresas públicas, o que é vedado pela Carta Constitucional.

4 O limite da carga de trabalho do advogado empregado público

Muito embora o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil assegure no bojo do Capítulo V as prerrogativas dos advogados empregados, o salário mínimo profissional, a jornada de trabalho de quatro horas diárias salvo cláusula expressa de dedicação exclusiva⁵ ou acordo coletivo, bem como o direito ao recebimento dos honorários advocatícios, existe omissão legal quanto às condições de trabalho dos advogados que atuam como empregados.

Apropriando-se dessa lacuna e vislumbrando a possibilidade de obrigar o advogado empregado a trabalhar com acervos de processos sem limite numérico, muitos empregadores ultrapassaram o limite do aceitável. Abusando do questionável poder diretivo que detêm, passaram a exigir que seus advogados empregados conduzissem acervos de processos judiciais incompatíveis com o exercício digno da advocacia, muitas vezes com milhares de processos por advogado.

⁵ “*HORAS EXTRAS. ADVOGADO EMPREGADO. DEDICAÇÃO EXCLUSIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO. [...] Sendo incontroverso que as partes não firmaram cláusula expressa acerca da dedicação exclusiva do autor à ré, o que, aliado à prova de atuação do autor no Processo n. 2009-3800-919-024-3, em que não se ativou como advogado da demandada, correta a r. sentença ao afastar a tese empresária de dedicação exclusiva, pelo que devidas as horas extras além da 4^a” (BRASIL, 2012).*

Atenta a essa realidade sequer imaginada pelos que elaboraram o Estatuto da Advocacia nos meados dos anos 90, a Ordem dos Advogados do Brasil (Seccional Rio Grande do Sul) diagnosticou o problema e, de forma pioneira, conduziu um estudo através da Comissão Especial do Advogado Empregado durante a gestão do Dr. Claudio Lamachia.

Para presidir essa nobre comissão foi escolhido o Dr. Davi Duarte, não só por sua incansável luta na defesa das prerrogativas dos advogados empregados da Caixa Econômica Federal, mas também por seu brilhantismo e ilibada conduta moral.

Ciente dessa árdua missão, pontuou a Comissão em documento arquivado em seus assentos que

o presente trabalho nasceu após a definição de alguns tópicos que a Comissão considerou importante investigar, buscando definir um foco de atuação. Coube-nos o desafio de abordar o tópico denominado “Condições de Trabalho do Advogado Empregado”, tarefa que se revela complexa e espinhosa, considerando a grande diversidade de variáveis que podem impactar na conclusão final, e que por isso mesmo devem ser consideradas e adequadamente sopesadas. Aliado à complexidade do tema, apresentou-se outro obstáculo quando constatamos a imensa escassez das fontes de pesquisa, pela ausência de material científico e doutrinário sobre o tema, aliado à ausência de dados e parâmetros oficiais, tanto na Lei quanto nas demais normas infralegais da OAB, Sindicatos ou outras entidades oficialmente reconhecidas.⁶

A dificuldade de quantificar o acervo adequado de processos a ser conferido a um advogado empregado reside no fato de que a advocacia, durante muitos anos, foi desempenhada por profissionais liberais e autônomos reunidos em escritórios, onde não se estabelecia, como regra, vínculo empregatício.

Emergindo nova realidade social embalada pelo crescimento da economia, muitas empresas se viram obrigadas a contratar advogados empregados e passaram a exigir deles a condução de acervos de processos incompatíveis com a dignidade própria da advocacia. Nessa peculiar situação, o problema do volume de processos se acentua porque o advogado trabalha premido pelo prazo e, diante da existência de qualquer contingência, pode ser responsabilizado e sofrer repercussões na sua órbita pessoal. Em casos como esse, referiu a Comissão do Advogado Empregado que “caberá ao advogado comprovar que a responsabilidade não é só sua, mas

⁶ Considerando que o documento citado é inédito, optamos por trazer a sua íntegra em forma de anexo ao presente artigo (ANEXO A).

também de seu empregador, o que nem sempre é fácil de conseguir".⁷

Como lapso temporal adequado para aferição da carga de trabalho do advogado empregado, a comissão determinou o prazo de cinco dias úteis. Para tanto, consideraram que "a prática da advocacia nos indica que o período de uma semana, ou de cinco dias úteis, como o mais adequado para se aferir a carga de trabalho, até porque no CPC, art. 185, o prazo padrão é de 5 dias"⁸.

Sobre os critérios para mensuração do trabalho do advogado ponderaram que a primeira ideia que vem à mente é a medição da quantidade de processos. Porém, tal equação é muito simplista, pois não considera uma série de peculiaridades que envolvem os diferentes tipos de processos, judiciais e administrativos, que existem no direito pátrio. Concluiu a Comissão, então, que a simples medição de carga de trabalho por quantidade de processos, ou acervo, não pode ser utilizada como critério único e definitivo, pois cada acervo de processos pode demandar mais ou menos trabalho, dependendo de suas características.

Prosseguindo com o estudo entendeu por bem dividir os trabalhos efetuados pelos advogados em dois grandes grupos: o consultivo e o contencioso.

No que tange ao consultivo, o grupo de estudiosos pontuou que não estava presente a figura dos prazos judiciais peremptórios. Todavia, alertou que deve ser aquilatada e bem dimensionada a quantidade de consultas submetidas a um profissional, bem como os prazos que ele terá para respondê-las, devendo ser analisada a peculiaridade de cada situação.

Para quantificar a acervo de processos contenciosos submetidos ao advogado empregado, a Comissão formada foi categórica ao afirmar:

Para a atuação no contencioso em geral, pode-se estabelecer uma fórmula que considera 2 parâmetros, dentro do período de tempo já definido neste estudo, que é a semana: um limite de acervo de processos ativos, em tramitação, conjuntamente a um limitador de atos a serem praticados, como cumprimento de prazos, elaboração de petições, realização de audiências e sustentações orais. Entendemos razoável fixar um limite de acervo de 500 processos por advogado, para a área cível/administrativa, de 300 processos para a trabalhista e de 100 processos para a penal. Caso haja necessidade e opção pela segregação de processos relevantes, tais

⁷ ANEXO A.

⁸ *Idem.*

acervos deverão sofrer redução de 50%. Para os advogados que atuem preponderantemente com processos eletrônicos, deve haver uma redução de 25%. Em todos os casos, não poderá ser exigido do profissional advogado que esteja em deslocamentos ou viagens a serviço, nem que tenha de realizar audiências e/ou sustentações orais, em mais de 2 dias da semana, pois necessita de tempo em sua mesa de trabalho para dar cumprimento aos prazos e demais atribuições suas. O limitador de citações/intimações/prazos a cumprir não poderá exceder ao limite de 25 prazos semanais, reduzindo-se em 50% nos casos de processos relevantes.⁹

Extrapolados esses limites máximos, entendeu o grupo de estudiosos que a melhor solução seria o empregador atrair para si toda a responsabilidade pela não observância dos prazos não atendidos, eximindo-se o advogado de culpa pelo não desempenho satisfatório das tarefas.

Enriquecendo o debate sobre o ponto, não seria equivocado afirmar que um dos parâmetros que pode ter orientado o estudo formulado pela Comissão do Advogado Empregado fora o item 6 do Dissídio Coletivo nº 5444700-17.1996.5.04.0000, suscitado pelo Sindicato dos Advogados do Estado do Rio Grande do Sul. O referido dissídio asseverou que “os advogados-empregados não poderão ficar submetidos ou responsabilizados por um número superior a 250 (duzentos e cinqüenta) processos, independente da espécie: contenciosos, administrativos, judiciais, para possibilitar sua atuação profissional regular”.¹⁰ Obviamente que esse número foi pensado para um advogado empregado inserido na jornada de quatro horas prevista no artigo 20 do Estatuto da Advocacia.

De qualquer forma, é possível concluir que o acervo de processos contenciosos submetidos ao advogado empregado deve gravitar em torno dos 250 a 500. Superado esse limite, o empregador deve atrair a responsabilidade sobre eventuais contingências ocorridas.

Não bastasse isso, o estudo salientou a importância de um aparelho logístico de suporte e apoio ao advogado, como acesso à internet com computadores de última geração, telefone fixo e celular empresarial à sua disposição, além do restante do material de escritório e logística comumente empregado na profissão. Também deve ter, à sua disposição, um veículo com motorista ou táxi, para os deslocamentos e viagens necessários. Não poderá ser exigido do advogado que se desloque em ônibus de linha dentro do municí-

⁹ *Idem.*

¹⁰ BRASIL, 1997.

pio, apenas em deslocamentos intermunicipais de até oito horas. Acima disso, o deslocamento deve ser efetuado de avião.

Por fim, considerando a importância do trabalho elaborado pela Comissão Especial do Advogado Empregado presidida pelo Dr. Davi Duarte no ano de 2011 – que foi acima resumido em sua essência –, não restam dúvidas de que ainda existe um longo caminho a ser percorrido. Contudo, o primeiro passo já foi dado.

Conclusão

As empresas públicas e as sociedades de economia mista possuem um regime híbrido, ou seja, apesar de atuar no mercado em igualdade de condições com as empresas privadas, sujeitam-se a um conjunto de limitações que teriam por escopo a realização do interesse público. Por expressa determinação constitucional, o acesso ao emprego público deve ocorrer mediante concurso, observados os princípios basilares da Administração Pública, de modo especial, a impessoalidade e a moralidade. Conferindo coerência à letra constitucional, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que não só a admissão do empregado público deve atentar para os princípios da Administração Pública, como também sua despedida. Nesse contexto, forçoso concluir que os atos de admissão e despedida de empregados públicos são considerados verdadeiros atos administrativos.

O ato de despedida – assim como todos os outros atos administrativos – deve atender os requisitos que lhe são peculiares, principalmente a motivação justa, adequada e verdadeira. Caso o ato administrativo demissional esteja baseado em fatos falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados, estaria configurada não só a sua nulidade, como também a potencial ocorrência de improbidade administrativa por parte do agente investido do poder de demitir, considerando a patente violação dos princípios da Administração Pública.

Inserido nesse contexto, o advogado empregado público contratado mediante aprovação em concurso público só poderá ser despedido após procedimento administrativo disciplinar adequado e permeado pela ampla defesa e pelo contraditório, em ato administrativo de despedida adequadamente fundamentado, sendo expressamente vedada a despedida imotivada ou baseada em falsos motivos apurados em procedimento administrativo viciado.

Considerando o fato de que a atividade profissional dos advogados está inserta em estatuto próprio, não é possível que o empregador exerça o poder diretivo de forma irrestrita e sem ob-

servar os termos da Lei 8.906/94. Por esse motivo, é possível concluir que, apesar da existência dos requisitos próprios da relação de emprego, a subordinação do advogado ao empregador não existe nos estritos termos da CLT, mas do Estatuto da Advocacia.

Em 1997 foi promulgada a Lei nº 9.527 com a nítida intenção de mitigar direitos trabalhistas dos advogados empregados públicos. A malfadada lei afirmava que o Estatuto da Advocacia seria inaplicável às empresas públicas e às sociedades de economia mista e está com sua constitucionalidade contestada pela ADI 3.396 movida pela Ordem dos Advogados do Brasil. Em que pese ainda não tenha um julgamento definitivo, já foi deferida medida liminar referindo que as empresas públicas e as sociedades de economia mista devem respeitar o regime jurídico das empresas privadas quanto à sujeição às leis trabalhistas, estando com sua aplicabilidade suspensa.

No que tange à carga de trabalho do advogado empregado, houve omissão do Estatuto da Advocacia quando da sua elaboração. Aproveitando a lacuna, muitos empregadores abusaram do seu poder diretivo e passaram a exigir que seus advogados conduzissem acervos de processos em descompasso com o exercício digno da advocacia, o que é inaceitável e merece ser combatido com veemência, como fez e está fazendo a Comissão Especial do Advogado Empregado da Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção Rio Grande do Sul.

Por derradeiro, pelo que se observou ao longo deste estudo, concluímos que o advogado empregado público desenvolve seu ofício diante de uma triste realidade. Sua *via crucis* começa com o ataque à independência profissional, pois o empregador geralmente esquece a observância das normas de direito administrativo e o ameaça com a possibilidade de despedida imotivada, sugerindo que detém personalidade jurídica de direito privado. Por outro lado, quando o intuito é mitigar os direitos trabalhistas dos advogados públicos – como se observa da edição do artigo 4º da Lei 9.527/97 – assevera categoricamente que é integrante da Administração Pública e, portanto, as normas do Estatuto da Advocacia não devem ser aplicadas. Não bastasse isso, muitas vezes submete seus advogados empregados a uma carga de processos incompatível com o exercício digno da advocacia, expondo-os perante o Poder Judiciário e aos outros integrantes da categoria profissional. Tudo isso, sem contar a ameaça de responsabilização pessoal em caso de alguma contingência.

Dante desse cenário, pode o advogado empregado público ser comparado ao retirante da obra de João Cabral de Melo Neto. Como milhares de outros “Severinos” que margeiam o Rio Capibaribe

até a cidade grande em busca de dignidade – tendo a aridez de condições como o “vulgar” –, o advogado empregado tem esperança. E como disse o poeta: “Somos muitos Severinos iguais em tudo e na sina: a de abrandar estas pedras suando-se muito em cima, a de tentar despertar terra sempre mais extinta, a de querer arrancar alguns roçados da cinza.” Assim como na arte que se mistura com a vida, cabe ao advogado empregado – que tem essa triste sina – mudar a situação suando muito em cima.

Referências

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial 1314061/SP. Recorrente: Odemar Carvalho do Val e Outros. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: ministro Humberto Martins. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05 ago. 2013a.**
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 983.430/ES. Recorrente: Rogério Rodrigues de Almeida. Recorrido: Banco do Estado do Espírito Santo. Relator: ministro Luis Felipe Salomão. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 08 mar. 2010.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1286466/RS. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Recorrido: Odilon Almeida Mesko. Relator: ministra Eliana Calmon. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 18 set. 2013b.
- _____. Superior Tribunal do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 73000-08.2008.5.09.0671. Agravante: João Carlos Ribeiro Taques. Agravado: Companhia de Saneamento do Paraná. Relator: ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 maio 2013c.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 589.998. Recorrente: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Recorrido: Humberto Pereira Rodrigues. Relator: ministro Ricardo Lewandowski. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 set. 2013d.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.552-4. Recorrente: Confederação Nacional das Profissões Liberais. Requerido: Presidência da República. Relator: ministro Carlos Veloso. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 abr. 1998.
- _____. Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região. Dissídio Coletivo nº 5444700-17.1996.5.04.0000. Suscitante: Sindicato dos Advogados do Estado do Rio Grande do Sul. Suscitado: Federação das Indústrias no Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Irani Rodrigues Palma. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 14 abr. 1997.
- _____. Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região. Recurso Ordinário nº 01954-2011-114-03-00-5. Recorrente: Habitare Construtora e Incorporadora Ltda. Recorrido: Franck Antônio Diniz. Relator: Marcelo Lamego Pertence. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 06 jul. 2012.

- CANOTILHO, J. J. Gomes.** *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CORREIA, Henrique.** *Súmulas e orientações jurisprudenciais do TST*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.
- DELGADO, Maurício Godinho.** *Curso de Direito do Trabalho*. 9. ed. São Paulo: LTr, 2009.
- MEIRELES, Hely Lopes.** *Direito Administrativo Brasileiro*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MELLO, Celso Bandeira de.** *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- MORAES, Alexandre de.** *Constituição do Brasil Interpretada*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MUKAI, Toshio.** *O Direito Administrativo e os regimes jurídicos das empresas estatais*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- OLIVEIRA, Mildred Lima Pitman de.** *Leis Trabalhistas Especiais*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

ANEXO A

Comissão Especial do Advogado Empregado da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Rio Grande do Sul – CEAE OAB/RS

Condições de trabalho do advogado empregado

Limites mínimos de meios disponíveis e limites máximos de atribuições exigíveis

Ao aceitarmos o convite dos nobres Drs. Claudio Lamachia e Davi Duarte para integrar a Comissão Especial do Advogado Empregado da OAB/RS, instalada no curso do ano de 2011, não tínhamos bem presente o que nos aguardava.

Uma vez instalada a Comissão, competiria à própria equipe de colegas que aceitaram o desafio de integrá-la definir e traçar os rumos, os objetivos, enfim, de estabelecer a identidade da Comissão.

Os rumos e objetivos eram incertos, pois estava recém nascendo. Havia apenas a ideia e a convicção de que era importante a OAB enfrentar e se posicionar diante de uma nova realidade que vem se apresentando à classe dos advogados. Se até o século XX a classe era formada, predominantemente, por profissionais liberais e autônomos, a partir das últimas décadas daquele século foi tomando corpo a existência de uma nova realidade no perfil da categoria, que passou a apresentar considerável parcela de profissio-

nais atuando na condição de empregados, seja de escritórios de advocacia, seja de empresas, públicas ou privadas.

O presente trabalho nasceu após a definição de alguns tópicos que a Comissão considerou importante investigar, buscando definir um foco de atuação. Coube-nos o desafio de abordar o tópico denominado “Condições de Trabalho do Advogado Empregado”, tarefa que se revela complexa e espinhosa, considerando a grande diversidade de variáveis que podem impactar na conclusão final, e que por isso mesmo devem ser consideradas e adequadamente sopesadas.

Aliado à complexidade do tema, apresentou-se outro obstáculo quando constatamos a imensa escassez das fontes de pesquisa, pela ausência de material científico e doutrinário sobre o tema, aliado à ausência de dados e parâmetros oficiais, tanto na Lei quanto nas demais normas infralegais da OAB, Sindicatos ou outras entidades oficialmente reconhecidas. Não é fácil encontrar material científico que aborde mecanismos e parâmetros aptos a mensurar o trabalho do advogado. Principalmente no que tange ao tempo necessário e razoavelmente adequado para o desempenho das múltiplas tarefas, comumente exigidas do profissional da advocacia.

Uma explicação possível para a ausência de preocupação da ciência e da doutrina em abordar esta temática reside justamente no fato de a profissão de advogado, até bem pouco tempo atrás, caracterizar-se por ser, essencialmente, desempenhada por profissionais liberais e autônomos, cada qual atuando através de sua banca de advocacia, atendendo sua clientela em seu escritório privado. No máximo, reuniam-se alguns profissionais para formar sociedades de advogados, onde os advogados da banca eram todos sócios, não se estabelecendo vínculo empregatício de uns com outros, como regra. Com o tempo é que foram aparecendo no cenário profissional, cada vez mais, as figuras do advogado empregado e do advogado associado.

Das peculiaridades típicas da profissão de advogado e sua evolução histórica

Desde o legislador Solon, na Grécia Antiga, cuidou-se da profissão do advogado, atribuindo-lhe caráter nobre e independente. Em Atenas, eles executavam apenas o que lhes parecia justo, sendo nomeados 10 advogados por ano para assistência judiciária aos carentes. Na França, tiveram voto deliberativo no Parlamento. O pensamento grego voltado à participação de todos os cidadãos no exercício do poder influenciou o modelo social e cultural de Roma

e, em consequência, a estrutura jurídica. Então, a noção de patrocínio em juízo passou para a jurisprudência romana.

No cenário brasileiro, as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas previram a atividade do advogado àqueles que estudassem Direito Civil ou Canônico por oito anos em Coimbra.

A advocacia não é apenas uma profissão, é também um ‘munus’, é um dos elementos da administração democrática da Justiça. Por isso, sempre mereceu ódio e a ameaça dos poderosos. [...] como disse Calamandrei, são ‘antenas supersensíveis da justiça’.

Do retrospecto histórico infere-se o destaque da figura do advogado na administração da justiça. E, de igual forma, na ordem jurídica atual, há previsão constitucional de relevo à função advocatícia.

Administrar justiça corresponde a “*aplicar a lei por provocação a determinado caso concreto*” e, nas lições de José Cretella Júnior, é uma das quatro atividades jurídicas do Estado. No direito pátrio, como regra, não é dado aos magistrados agirem de ofício. O Judiciário, para dizer o Direito, necessita ser provocado pelas partes. E estas, como não possuem, via de regra, *jus postulandi*, somente podem provocar a manifestação do Judiciário através de um advogado.

Confira o art. 133, da Constituição Federal de 1988:

ART.133 - O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Nesta linha de raciocínio, não é errado afirmar que mesmo para o Poder Judiciário exercer, através de seus membros, efetivamente, seu poder constitucional de dizer o Direito e administrar a Justiça – a clássica *juris dictio* do Direito Romano, traduzida para o direito moderno no conceito de Jurisdição –, é imprescindível que previamente o Poder seja provocado a se manifestar, por um requerimento formulado por um advogado.

A presença e atuação do advogado nos processos – penais ou cíveis – mostra-se indispensável, já que nossa ordem jurídica constitucional assim impõe, como forma de garantir o adequado tratamento dos conflitos interpessoais em juízo, com observância das normas processuais e da melhor técnica, que, em última análise, garantem o direito das partes à ampla defesa, ao contraditório e a ser processada conforme as regras vigentes, conhecido como direito ao devido processo legal .

Como já afirmado, a advocacia nasce com um caráter nobre e independente. Era uma honra para um cidadão ser digno de rece-

ber a defesa por um advogado. A atuação do advogado era honorífica, a ponto de não se cogitar atribuir-lhe um preço, que alguém pudesse pagar para comprar os serviços de um advogado. Tal serviço não estava à venda e não era passível de paga. O advogado apenas atuava nas causas que elegesse como dignas de sua atuação.

A retribuição da atuação do advogado, que se dava por mera liberalidade e era honorífica, ocorria através dos honorários, nascendo aí o conceito desta verba, que nos dias atuais se transmutou e possui índole nitidamente remuneratória. Com efeito, hoje em dia o conceito de honorários se difundiu muito, com a natureza de verba remuneratória, que, via de regra, é paga a profissionais liberais, inclusive, e principalmente, aos advogados, que percebem honorários a título de retribuição pelos serviços prestados. No âmbito infraconstitucional, várias normas disciplinam esse tipo remuneratório. A começar pelo Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil – Lei nº 8.906/94.

A característica de profissão desempenhada de maneira liberal e autônoma acompanhou a advocacia, de forma bastante preponderante, até meados do século XX. Até então, os advogados atuavam, via de regra, em seus escritórios, em suas bancas, isoladamente, ou, no máximo, reunindo-se em pequenos grupos de advogados, todos sócios e sem vinculação hierárquica ou empregatícia entre si.

Mas a partir de então, começa a se constatar o surgimento de uma nova realidade: as grandes bancas, os grandes escritórios de advocacia, que possuem um ou mais advogados proprietários, chamados de sócios, que acabam por contratar profissionais advogados, com ou sem vínculo empregatício expresso e declarado, mas necessariamente com vinculação hierárquica e subordinação, para o desempenho das atribuições inerentes à profissão de advogado, prestadas em caráter não eventual ao escritório, e, pelos serviços prestados, pagam-lhe uma contraprestação remuneratória, que podem chamar de salário ou emprestar-lhe outro nome, mas sem o condão de desnaturar suas essenciais características de remuneração.

Do ponto de vista trabalhista, é nítido que se estabelece, em tais relações, um vínculo empregatício, entre o advogado empregador e o advogado empregado. Seja um emprego privado ou um público, que dependerá da natureza do empregador, temos o nascimento de uma relação jurídica complexa e diversa das relações que se estabeleciam na advocacia tradicional de até então. Mas em ambas as situações, temos uma relação jurídica que merece um tratamento específico, principalmente no que tange às condições de trabalho peculiares ao desempenho da advocacia.

A relação jurídica empregatícia do profissional advogado não mereceu, até o presente momento, tratamento específico por parte da CLT, como ocorre com diversas profissões. Com esta finalidade, a categoria conquistou a edição de uma lei própria, a Lei Federal 8.906/94, conhecida como Estatuto da Advocacia. Desse modo, a tutela estatal dos direitos trabalhistas do advogado se dá através da aplicação das normas gerais da CLT, combinadas com as normas do Estatuto.

No entanto, constata-se que a lei específica da advocacia não aborda conteúdo exclusivamente de natureza trabalhista, eis que trata, de modo abrangente, dos direitos, deveres e prerrogativas da profissão como um todo, aplicável aos profissionais que atuam das mais variadas formas, e não apenas como empregados. No âmbito trabalhista o Estatuto limita-se a disciplinar a Jornada de Trabalho do advogado empregado e o seu direito aos honorários. Não há qualquer disposição sobre piso salarial ou condições mínimas de trabalho, nem sobre critérios de mensuração da carga de trabalho do advogado, ou sobre peculiaridades típicas que acompanham o profissional advogado no seu cotidiano, e, havendo relação empregatícia, precisam ser minimamente normatizadas.

Enquanto o advogado atuou por conta própria, na condição de profissional liberal autônomo, dependia apenas de deliberação pessoal a definição de sua carga de trabalho. Era ele quem definia o quanto podia e pretendia suportar em termos de carga de trabalho. Também era sua a definição dos meios necessários para sua atuação profissional. Mesmo quando os advogados passaram a se reunir, formando sociedades de advogados, mantinham o mesmo poder de deliberação a respeito, já que todos estavam, via de regra, na mesma condição de definir a carga de trabalho, de comum acordo, uma vez que a relação era de sócios, inexistindo hierarquia entre eles. Não havia um gestor que estipulava a carga de trabalho de outro(s).

No entanto, a realidade do advogado empregado é um tanto diferente, pois não depende dele definir sua carga de trabalho. Tampouco é fácil mensurar e distribuir sua carga de trabalho no tempo simplesmente, como ocorre com a maioria das profissões, onde o conceito de Jornada de Trabalho se revela suficiente e satisfatório para estabelecer limites de carga de trabalho. Neste momento impõe lembrar que o trabalho do advogado lida com uma infinidade de variáveis, envolve tempo de estudo, de meditação, de reflexão sobre as variáveis que impactam em uma lide ou em uma consulta, e, ao final, a definição da estratégia de atuação. Esta é uma etapa rigorosamente mental, intelectual, do trabalho do advogado, de difícil mensuração, já que envolve ins-

piração, que nos remete ao imponderável. Somente depois de cumprida esta etapa, e já de posse de todos os elementos e subsídios de defesa que o cliente tenha lhe alcançado, é que o advogado parte para a etapa visível de seu trabalho, que é a elaboração de uma peça processual, de um parecer jurídico, a realização de uma audiência ou ainda a defesa oral em uma tribuna. Mas este momento final da atuação, impõe deixar claro, revela apenas a ponta do iceberg que é a integralidade do trabalho de um causídico.

Outro aspecto que precisa ser considerado no trabalho do advogado é o fato de que, se na maioria das profissões, o profissional empregado pode fazer seu trabalho até acabar a jornada, e, neste momento, pode ir para casa e deixar para continuar seu trabalho no dia seguinte, a realidade do advogado é diversa. O advogado, no mais das vezes, trabalha premido pelo prazo. Não pode deixar um trabalho para amanhã, nem que sua jornada tenha chegado ao final. Sob pena de perder um prazo e ser responsabilizado pessoalmente por isso, civilmente e profissionalmente, pois além de ficar sujeito a reparar o dano, pode responder a um processo ético-disciplinar na OAB e ter cassada sua inscrição na Ordem. Ou seja, as repercussões se darão na sua órbita pessoal, e de forma extremamente gravosas. Caberá ao advogado comprovar que a responsabilidade não é só sua, mas também de seu empregador, o que nem sempre é fácil de conseguir.

Também deve ser considerado que o advogado depende dos outros para montar sua agenda de trabalho. Não depende dele, muitas vezes, organizar a quantidade de trabalho que tem de realizar em determinado período. Para os que atuam no contencioso, os prazos judiciais a serem atendidos dependem, sempre, do Poder Judiciário, que publica as decisões segundo seus cronogramas, sem se preocupar em saber como está o trabalho dos advogados. São os advogados que devem se adaptar ao tempo do Judiciário, sempre. Os advogados que atuam com consultivo também não tem como definir sua carga de trabalho, pois nunca se sabe quando o cliente vai demandar, nem quanto vai demandar. E quando demanda, sempre tem pressa, sob pena de comprometer-se o bom andamento dos negócios.

Do lapso temporal adequado para aferição da carga de trabalho do advogado empregado

Depois de muito meditar, chegou-se à conclusão de que era preciso delimitar um determinado período de tempo, dentro do qual se faria a aferição da carga de trabalho máxima que pode ser submetida aos cuidados de um advogado empregado.

A prática da advocacia nos indica que o período de uma semana, ou de 5 dias úteis, como o mais adequado para se aferir a carga de trabalho, até porque no CPC, art. 185, o prazo padrão é de 5 dias.

Aferir carga de trabalho em prazos menores, como o período de um dia, parece pouco razoável e pouco flexível, além de um tanto divorciado da efetiva realidade profissional da advocacia. Nenhum dia é igual ao outro, em nossa profissão, seja como autônomo ou como empregado. De um modo geral, é possível compensar o trabalho intenso em um dia nos próximos dias.

Já o período de um mês mostra-se muito extenso e igualmente divorciado da realidade profissional, pois diante das peculiaridades da profissão, e da impossibilidade de se estabelecer uma agenda de trabalho sem a interferência de terceiros, certamente uma previsão de trabalho mensal demandaria diversas readequações ao longo do período, diante de novas demandas surgidas no seu curso.

Dos critérios e fórmulas para mensuração do trabalho do advogado

Quando se fala em medir a quantidade de trabalho do advogado, a primeira ideia que sempre vem à mente é a medição da quantidade de processos, da definição de um acervo de processos que podem ser adequadamente atendidos por um profissional.

Este critério, além de ser aplicável apenas aos profissionais que atuam exclusivamente no contencioso, é, ainda assim, muito simplista, pois não considera uma série de peculiaridades que envolvem os diferentes tipos de processos, judiciais e administrativos, que existem no direito pátrio.

Por tais razões, temos a convicção de que a simples medição de carga de trabalho por quantidade de processos, ou acervo, não pode ser utilizada como critério único e definitivo, pois um acervo de processos pode demandar ou não trabalho, dependendo de suas características.

Diante desta realidade, evidencia-se a necessidade de estabelecer critérios, parâmetros e limites para o empregador distribuir carga de trabalho ao advogado empregado. Se optar por distribuir trabalho além de tais limites, deve responsabilizar-se integralmente por eventuais falhas de serviço do profissional empregado.

No que tange às múltiplas fórmulas possíveis de mensuração do trabalho do advogado empregado, concluímos ser razoável, primeiramente, separar o trabalho entre consultivo e contencioso.

No consultivo, não se tem a figura dos prazos judiciais, peremptórios e fatais. Todavia, deve ser aquilatada e bem dimensionada a

quantidade de consultas submetidas a um profissional e os prazos que terá para respondê-las, pois o cliente que consulta, via de regra, tem urgência na resposta, pois dela depende o prosseguimento de tratativas ou mesmo o fechamento de negócios jurídicos. E nem sempre as consultas são simples, revelando, na verdade, grande variação de complexidade. Há consultas que se respondem em 1 hora e outras que podem demandar 1 mês inteiro de dedicado trabalho.

No contencioso, destacamos a necessidade de tratar separadamente a atuação por áreas. Essencialmente, mostra-se razoável separar o contencioso em trabalhista, cível/administrativo e penal, por conta de apresentarem peculiaridades distintas.

Nas diversas fórmulas possíveis para a definição de carga de trabalho do profissional, entendemos que devem ser consideradas, pelo menos, as variáveis que passamos a descrever.

Deve ser considerada, quando houver, a necessidade de um tratamento diferenciado a determinados processos que sejam considerados relevantes, por seu maior impacto institucional ou econômico. Tais casos podem apresentar maior complexidade, envolver vultosas quantias, comprometer a boa imagem do cliente, e demandar, por isso mesmo, maior tempo de dedicação do profissional advogado.

Igualmente, deve ser considerada a dimensão da área geográfica de atuação do profissional, pois a toda evidência é diferente atuar em uma única Comarca ou em múltiplas comarcas. Em um estado da Federação ou em diversos.

Também deve ser considerado se haverá atuação em processos eletrônicos, como o da Justiça Federal, por exemplo, ou apenas em processos físicos, ou em ambos, pois ambos apresentam peculiaridades que favorecem o profissional e outras que dificultam seu trabalho.

Para a atuação no contencioso em geral, pode-se estabelecer uma fórmula que considera 2 parâmetros, dentro do período de tempo já definido neste estudo, que é a semana: um limite de acervo de processos ativos, em tramitação, conjuntamente a um limitador de atos a serem praticados, como cumprimento de prazos, elaboração de petições, realização de audiências e sustentações orais.

Entendemos razoável fixar um limite de acervo de 500 processos por advogado, para a área cível/administrativa, de 300 processos para a trabalhista e de 100 processos para a penal. Caso haja necessidade e opção pela segregação de processos relevantes, tais acervos deverão sofrer redução de 50%. Para os advogados que atuem preponderantemente com processos eletrônicos, deve haver uma redução de 25%.

Em todos os casos, não poderá ser exigido do profissional advogado que esteja em deslocamentos ou viagens a serviço, nem que tenha de realizar audiências e/ou sustentações orais, em mais de 2 dias da semana, pois necessita de tempo em sua mesa de trabalho para dar cumprimento aos prazos e demais atribuições suas.

O limitador de citações/intimações/prazos a cumprir não poderá exceder ao limite de 25 prazos semanais, reduzindo-se em 50% nos casos de processos relevantes.

Extrapolados estes limites, caberá ao empregador a responsabilidade de apresentar soluções alternativas ao advogado empregado, como a terceirização do serviço, sob pena de ele, o empregador, atrair para si toda a responsabilidade pela não observância dos prazos judiciais ou consultivos não atendidos, eximindo-se o advogado de culpa pelo não desempenho satisfatório e no prazo do serviço jurídico que o empregador lhe distribuiu em excesso.

Igualmente importante é a existência de um aparato logístico de suporte e apoio ao advogado, para o desenvolvimento de seu trabalho.

Com relação aos limites de apoio e logística, o advogado empregado deve contar com acesso à internet, computadores de última geração, telefone fixo e celular empresarial à sua disposição, além do restante do material de escritório e logística comumente empregado na profissão. Também deve ter, à sua disposição, um veículo com motorista ou táxi, para os deslocamentos e viagens necessários. Não poderá ser exigido do advogado que se desloque em ônibus de linha dentro do município, apenas em deslocamentos intermunicipais de até 8 horas. Acima disso, avião.

O assessoramento do advogado deve comportar, no mínimo, um telefonista, que poderá atender a um grupo de até 10 advogados empregados que trabalhem no mesmo ambiente físico, e um assessor administrativo empregado, que poderá atender até 05 advogados empregados, desde que atuem no mesmo ambiente físico, com contato visual (mesmo andar de prédio). Para cada advogado deverá ser destinado pelo menos um estagiário, de maneira exclusiva. Também deve existir atendimento de um técnico de informática em tempo integral.

Da inaplicabilidade do artigo 475-J do CPC no processo do trabalho

Daniel Barbosa Lima Faria Corrêa de Souza

Advogado da CAIXA no Rio Grande do Sul

Pós-Graduado em Direito Notarial e Registral pela

Anhanguera-Uniderp

Pós-Graduado em Direito Tributário e

em Direito Constitucional pela UNP

RESUMO

Inúmeras modificações ocorreram no direito processual civil nos últimos anos. Discute-se a respeito da aplicabilidade ou não do procedimento previsto no artigo 475-J do Código de Processo Civil na execução trabalhista. Existência de divergência doutrinária e jurisprudencial. O tema enfrentado possui importante relevo na seara da execução trabalhista. Precedentes do Tribunal Superior do Trabalho desfavoráveis à incidência do aludido dispositivo, tendo em vista a autonomia do direito processual do trabalho e a sistemática de execução própria da Consolidação das Leis do Trabalho. Inaplicabilidade do procedimento previsto no artigo 475-J do Código de Processo Civil à execução trabalhista. Não incidência da multa prevista na norma civilista, em razão da incompatibilidade lógica do artigo 475-J com a Consolidação.

Palavras-chave: Direito Processual do Trabalho. Execução Trabalhista. Artigo 475-J do Código de Processo Civil. Multa.

ABSTRACT

Inumerous modifications have occurred in civil procedural law in the last few years. It's under discussion whether the procedure required by article 475-J in civil procedural law should be applied in labor law or not. Existence of a divergence in jurisprudence and doctrine. The subject in question is very relevant when it comes to execution in labor law. Precedents from the superior labor tribunal do not support the impact of the article in matter, due to the autonomy of labor procedural law. Consolidation of Labour Laws (CLT) has its own execution way. The procedure approached in article 475-J of civil procedural law does not apply to labor law execution. The payment of the fine imposed by civil law is not required, due to the logic incompatibility between article 475-J and the Consolidation of Labour Laws.

Keywords: Labour Procedural Law. Labour Law Execution. Article 475-J from the Civil Procedural Law Code. Fine.

Introdução

Nas últimas décadas, o direito processual civil sofreu inúmeras transformações, inclusive com forte debate sobre a aplicação destas no direito processual do trabalho, notadamente sobre a inserção do procedimento previsto no artigo 475-J do Código de Processo Civil (CPC) na execução trabalhista.

Após fortes e acalorados debates judiciais, e muita reflexão sobre o tema, a questão foi superada pelo Tribunal Superior do Trabalho, conquanto ainda não pacificada na doutrina e nos Tribunais Regionais.

Considerando a importância do tema, verificou-se a imperiosidade de dissecá-lo. Não há como deixar de alertar acerca da importância desse debate na seara da execução trabalhista.

Inicialmente, far-se-ão algumas considerações sobre a autonomia do direito processual do trabalho. Tecer-se-ão comentários sobre a sistemática de execução própria da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), bem como da incompatibilidade lógica do artigo 475-J do CPC (e da multa ali prevista) com a CLT.

Ao final, apontar-se-ão os remédios jurídicos próprios para combater decisão que inobserve o procedimento previsto na CLT.

1 A autonomia do direito processual do trabalho

Indubitavelmente, o direito processual do trabalho possui autonomia, com princípios e regras próprias. Em caso de lacunas, socorre-se do direito processual comum. No escólio de Saraiva (2011, p. 28):

Em última análise, embora seja verdade que a legislação instrumental trabalhista ainda é modesta, carecendo de um Código de Processo do Trabalho, definindo mais detalhadamente os contornos do processo laboral, não há dúvida que o Direito Processual do Trabalho é autônomo em relação ao processo civil, uma vez que possui matéria legislativa específica regulamentada na Consolidação das Leis do Trabalho, sendo dotado de institutos, princípios e peculiaridades próprios, além de independência didática e jurisdicional.

Nessa linha, aduz Monteiro Júnior (2009):

O Direito Processual do Trabalho é um direito especial, pois possui normas, princípios e procedimentos específicos.

cos. Assim, tem-se que, conforme antiga, porém, válida lição de Teoria do Direito, a regra nova de Direito Comum (Civil, Processo Civil) não interfere na vigência e validade da regra especial, sob pena de se eliminarem da ordem jurídica todos os ramos jurídicos especializados.

Nessa alheta, Romar (2006, p. 3) assevera a autonomia do direito processual do trabalho, tendo em vista a existência de institutos, princípios e finalidades próprios.

Dessa feita, é mister considerar a autonomia do direito processual do trabalho, dotado de princípios e regras próprios.

2 Da sistemática de execução própria da CLT

A doutrina considera o processo de execução trabalhista autônomo, notadamente pelo disposto nos artigos 880 e 876 da CLT (SARAIVA, 2011, p. 528-529).

O artigo 880 da CLT prevê a expedição de mandado de citação do executado, para que no prazo de 48 horas pague ou garanta a execução, sob pena de penhora, sem previsão de multa.

Irrefragavelmente, apenas em casos de omissão ou de lacuna é que a lei permite a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, com a ressalva da inaplicabilidade daquilo que for incompatível com as normas da CLT, com supedâneo no artigo 769 da CLT. Essa é a regra do processo de conhecimento.

Em execução trabalhista, gize-se o disposto no artigo 889 da CLT, o qual aponta a incidência na execução trabalhista das normas de execução fiscal compatíveis. Dessa feita, na execução justrabalhista, antes de se socorrer ao CPC, deve o intérprete aplicar as leis de execução fiscal (Lei Federal nº 6.830/80). Nessa linha, opinam Miessa e Correia (2013, p. 410), Moura (2012, p. 1205), Lima (2008, p. 144) e Carrion (2007, p. 763).

Martins (2009, p. 791, grifo nosso) ensina:

Subsidiário tem o sentido do que vem em reforço ou apoio de. É o que irá ajudar, que será aplicado em caráter supletivo ou complementar.

Havendo omissão da CLT, o CPC é fonte subsidiária do direito processual do trabalho, desde que haja compatibilidade com suas normas. Em matéria processual, a regra é a aplicação do artigo 769 da CLT. Na execução, observa-se o artigo 889 da CLT e não o artigo em comento, pois nesse caso aplica-se primeiro a Lei nº 6.830/80, omissa a CLT, e depois o CPC, omissa a lei anterior.

Nos comentários de Mallet (2006, grifo nosso),

[...] o art. 880, caput, da Consolidação das Leis do Trabalho, não se refere, porém, a nenhum acréscimo para a hipótese de não satisfação voluntária do crédito, exeqüendo, o que leva a afastar-se a aplicação subsidiária, in malam partem, da regra do art. 475-J, do Código de Processo Civil. Solução diversa, ainda que desejável do ponto de vista teórico, depende de reforma legislativa.

Severo (2008), ao comentar as correntes a respeito do tópico, sintetiza o pensamento que entendemos correto:

Aqueles que negam a possibilidade de aplicação ao processo trabalhista se baseiam na circunstância de que a CLT tem dispositivo disciplinando a citação para pagamento. Por sua vez, a aplicação subsidiária se dá apenas em caso de omissão, conforme artigos 769 e 889 da CLT. A fonte subsidiária, para o processo de execução trabalhista, é, pois, a Lei dos Executivos Fiscais. Não havendo omissão, não há falar em aplicação subsidiária. Alertam, ainda, para o perigo de importar regras do direito comum, descaracterizando o processo do trabalho, a ponto de torná-lo irreconhecível.

Argumentam que o artigo 882 da CLT expressamente confere a possibilidade de oferecer bem à penhora, nada referindo a propósito da multa. E que no processo comum o recurso contra a sentença do processo de conhecimento (apelação) tem em regra efeito suspensivo (artigo 520 do CPC). Enquanto isso, o recurso trabalhista (recurso ordinário) não tem efeito suspensivo, em face da regra geral prevista no artigo 899 da CLT. Em razão dessa diferença, apenas no processo comum seria possível utilizar a lógica de que, após a publicação do acórdão de apelação, estando em condições de ser paga, à condenação seja agregada a multa de 10% do artigo 475-J do CPC.

Em elucidativa decisão, o TRT da 2^a Região destacou que a CLT “regula integralmente todos os procedimentos da fase de execução”, possuindo autonomia, inexistindo omissão legislativa que justifique a aplicação subsidiária do CPC, não havendo falar na aplicação do artigo 475-J do CPC. Assim, restou ementada a decisão:

MULTA

Multa do Artigo 475-J do CPC

ARTIGO 475-J E A SUA INAPLICABILIDADE NO ÂMBITO
DESTA JUSTIÇA DO TRABALHO:

A CLT regula integralmente todos os procedimentos da fase de execução, conforme se vê dos artigos 880 a 882, possuindo autonomia em relação ao processo comum, de modo que não há omissão legislativa apta a justificar

a aplicação subsidiária (CLT, art. 769) do artigo 475-j do CPC. Recurso ao qual se dá provimento no particular. (SÃO PAULO, 2012).

Deve-se ressaltar que a adoção do CPC não pode, de forma alguma, alterar o sistema do processo do trabalho. Como bem salienta Teixeira Filho (2007, p. 54):

É importante observar, isto sim, que a adoção supletiva de normas do processo civil não pode acarretar alteração do sistema (procedimento) do processo do trabalho, que é a espinha dorsal deste, pois se sabe que essa adoção só se justifica como providência necessária para atribuir maior eficácia ao sobredito sistema e não para modificar-lhe a estrutura em que se apóia.

Dessa forma, o artigo 889 da CLT serve como ponte da CLT à Lei 6.830/80 e, posteriormente, ao CPC, apenas nos casos de omisão e de compatibilidade lógica.

3 Da incompatibilidade lógica do artigo 475-J com a CLT

Enquanto a CLT, como visto na seção anterior, em seu artigo 880, prevê a expedição de mandado de citação do executado, para que no prazo de 48 horas pague ou garanta a execução, sob pena de penhora, sem previsão de multa, o alienígena artigo 475-J do CPC altera o prazo e, ainda, fixa multa. Em resumo, temos:

	CLT – arts. 880 e 884	CPC – artigo 475-J
Da comunicação do ato	Citação	Intimação
Prazo para pagamento	48 horas	15 dias
Ato cominado ao devedor	Pagar ou garantir	Pagar
	a execução	
Previsão de Multa	Não	Sim, no valor de 10%
Peça a ser manejada pelo executado	Embargos à execução	Impugnação ao cumprimento de sentença
Prazo da petição	5 dias	15 dias

Reza o artigo 475-J do CPC:

Art. 475-J. Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no

art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação. (Incluído pela Lei nº 11.232, de 2005)

Teixeira Filho (2006b, p. 1181) anota que, enquanto no processo civil a norma determina ao devedor o pagamento em quinze dias, a CLT confere duas possibilidades: pagar ou garantir a execução.

Consoante Maia (2010): “Conclui-se, portanto, que não se aplica na Justiça do Trabalho a multa de 10% prevista no artigo 475-J do CPC, sob pena de ofensa aos preceitos constitucionais insculpidos no art. 5º, incisos II e LIV”.

Nesse mesmo diapasão, Teixeira Filho (2006a, p. 275, grifo nosso) obtempera pela não incidência da multa prevista no artigo 475-J do CPC:

Quanto à multa de dez por cento, julgamos ser também inaplicável ao processo do trabalho. Ocorre que esta penalidade pecuniária está intimamente ligada ao sistema instituído pelo art. 475-J, consistente em deslocar o procedimento da execução para o processo de conhecimento. Como este dispositivo do CPC não incide no processo do trabalho, em virtude de a execução trabalhista ser regida por normas (sistema) próprias (arts. 786 a 892), inaplicável será a multa, nele prevista.

O TST já decidiu no sentido da inaplicabilidade da aludida norma alienígena na Justiça do Trabalho:

1. MULTA. ARTIGO 475-J DO CPC. DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO. INAPLICABILIDADE.

A aplicação subsidiária das normas de direito processual comum ao direito processual do trabalho só é possível quando houver omissão nas normas celetistas e compatibilidade das normas supletivas com o direito do trabalho. Tendo o direito processual do trabalho regramento específico para execução de sentenças, não se justifica a aplicação subsidiária de regra do direito processual comum, cuja sistemática, ademais, revela-se incompatível com aquela aplicável na execução trabalhista.

A normatização contida no artigo 475-J do CPC para ausência de pagamento do executado tem previsão correlata no artigo 883 da CLT, o que afasta a aplicação supletiva daquele preceito legal, sob pena de afronta ao princípio do devido processo legal. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (BRASIL, 2010).

Em recente decisão, o Tribunal Superior do Trabalho afastou a aplicação da multa do artigo 475-J do CPC, considerando a existência de procedimento próprio na esfera do processo do trabalho:

RECURSO DE REVISTA. MULTA DO ART. 475-J DO CPC. PROCESSO DO TRABALHO. INCOMPATIBILIDADE.

1. Conquanto recomendável, *de lege ferenda*, a aplicação da multa do art. 475-J do CPC no Processo do Trabalho encontra óbice intransponível em normas específicas por que se rege a execução trabalhista.
2. Se, de um lado, o art. 475-J do CPC determina ao devedor o depósito obrigatório do valor devido, o art. 882 da CLT abre para o executado a faculdade de garantia do juízo com outro tipo de bem. Manifesto que se a CLT assegura ao executado o direito à nomeação de bens à penhora, isso logicamente exclui a ordem para imediato pagamento da dívida sob pena de incidência da multa de 10%.
3. A aplicação à risca do procedimento do art. 475-J do CPC igualmente conflita com a CLT no tocante à exigência de citação, visto que, pela atual sistemática do Processo Civil, não há mais citação do executado em execução de sentença condenatória para pagamento de dívida, tampouco citação para pagar ou nomear bens à penhora, como se dava outrora. No entanto, esse ainda é o modelo ou o rito abraçado pela CLT para a execução trabalhista (art. 880 da CLT).
4. Outro contraste manifesto entre o procedimento do art. 475-J do CPC e o da CLT repousa nos embargos do devedor: garantido o juízo pela penhora, o art. 884 da CLT assegura ao executado o prazo de cinco dias para opor embargos à execução, ao passo que o § 1º do art. 475-J do CPC faculta ao executado apenas impugnar o título judicial, querendo, no prazo de quinze dias. Ao substituir os embargos à execução, verdadeira ação conexa de cognição, pela impugnação, mero incidente processual desprovidão de efeito suspensivo, o CPC introduziu uma inovação sumamente relevante e que ainda mais evidencia o descompasso de procedimentos em cotejo com o Processo do Trabalho.
5. Na prática, a insistência em se aplicar no âmbito da execução trabalhista o art. 475-J do CPC, não obstante inspirada nos melhores propósitos, apenas retarda a satisfação do crédito exequendo. A desarmonia doutrinária e jurisprudencial multiplica recursos, amplia a sensação de insegurança jurídica e trava a celeridade processual almejada.
6. **Recurso de revista conhecido e provido para excluir da condenação a multa do art. 475-J do CPC.** (BRASIL, 2013, grifo do autor).

Corroborando o entendimento do TST, comenta Príncipe (2009):

Permissa venia, entendemos que a razão está com o TST uma vez que o Estatuto Obrero não é omisso no tocante aos meios a serem empregados pelo executu-

do na busca da satisfação de seu crédito e, desta feita, não se mostra razoável “pinçar” um artigo do CPC para aplicá-lo no sistema celetista, sob pena de violação aos mais elementares princípios constitucionais como a garantia do devido processo legal e o respeito à própria essência do Estado Democrático de Direito.

Em sentido contrário, temos o posicionamento de Albuquerque (2013), o qual anota:

Para concluir, não é um exagero afirmar (antes uma constatação da realidade) que a tendência atual nas instâncias inferiores da Justiça do Trabalho (resguardada a base principiológica protetiva inerente a este ramo do Direito) converge para uma firme atuação do magistrado no que concerne à aplicação aberta do art. 769 da CLT - independentemente de mudança reformadora da legislação do trabalho -, objetivando preencher o lacunoso processo celetário, proporcionando, destarte, plena e rápida satisfação ao direito substancial que subjaz ao liame jurídico-processual.

Ito (2011) aponta a existência de omissão axiológica na CLT, a permitir a incidência do artigo 475-J do CPC. Miessa e Correia (2013, p. 420), a despeito de concordarem com a posição acima referida por Albuquerque, consideram que o entendimento do TST deve ser adotado pelos candidatos em provas para concursos de analista de Tribunais. De outra banda, em provas discursivas, entende-se necessária a indicação das duas correntes.

Não podemos olvidar que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, forte no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal. A CLT prevê a citação em 48 horas, sem previsão de multa. Aplicar o artigo 475-J é criar obrigação de fazer, não apenas não prevista em lei, mas “contra legem”.

Lima (2008, p. 136) considera ofensa aos princípios do Estado democrático de direito, da legalidade, da segurança jurídica e do devido processo legal a incidência da norma do artigo 475-J no processo do trabalho.

Nessa seara, é o magistério de Teixeira Filho (2006a, p. 75), o qual afirma se tratar-se de inegável e manifesta arbitrariedade a utilização do artigo 475-J, notadamente:

Uma coisa, portanto, é adotar-se, ocasionalmente, em caráter supletivo, normas do processo civil para suprir omissões existentes no do trabalho; outra, substituir-se, por meio de construção doutrinária ou jurisprudencial, as disposições da CLT (concernentes ao procedimento da liquidação e ao processo de execução) por outras, componentes do sistema do processo civil. No

primeiro caso, há integração legal; no segundo, arbitriadade manifesta.

Nesse sentido, disserta Nascimento (2009, p. 12):

Assim, diante destas considerações, é possível concluir que havendo regramento específico na CLT sobre a execução e não havendo compatibilidade do caput do art. 475-J, do CPC, com as normas procedimentais trabalhistas, não tem o referido dispositivo qualquer aplicação no processo de execução trabalhista.

Também pela inaplicação do instituto, temos Waterkemper (2009):

É certo que a legislação referente ao processo do trabalho é incompleta. No entanto, a adoção supletiva de normas do processo civil não pode, nem deve, acarretar a alteração do sistema do processo do trabalho [...].

Callegari (2007) corrobora:

De tudo o que foi exposto, pode-se concluir que as reformas do Código de Processo Civil não implicam alterações no processo trabalhista. Seja porque não há omisão, seja porque não há compatibilidade. E para que houvesse uma alteração de procedimento, a via democrática não é migração de institutos jurídicos a bel-prazer do intérprete e sim a via adequada do devido processo legislativo.

No estudo de Prata (2009): “O processo de execução previsto na CLT, embora careça de urgente reformulação, não se encontra tão anacrônico e injusto a ponto de justificar uma analogia ‘contra legem’ com base no CPC”.

Pior do que entender pela utilização do artigo 475-J do CPC, é aplicá-lo de forma parcial, quando se verifica em decisões a inserção de multa do artigo em caso de improcedência dos embargos, mesmo garantido o juízo, incidente sobre as parcelas controvertidas.

Destarte, verifica-se não haver premissa lógica para aplicar o destacado dispositivo legal civilista na Justiça do Trabalho, por quanto existe disciplina própria na CLT, que regula todo o processo executivo.

Nessa alheta, Moura (2012, p. 1185) propõe ser incompatível o procedimento civilista de intimação, contrariando a CLT, que determina a citação pessoal.

Pensamento em contrário viola os destacados artigos 880 e 876 (que regulam o processo de execução trabalhista) e 769 e 889 da CLT (que disciplinam as regras de integração da legislação tra-

Ihisto). Também há clara afronta à Constituição Federal, ao artigo 5º, incisos II (princípio da legalidade) e LIV (princípio do devido processo legal). Nesse mesmo diapasão, expõe Waterkemper (2009):

Impor a multa prevista no art. 475-J do CPC à execução trabalhista seria uma afronta aos artigos 769 e 889 da CLT e ao sistema do processo do trabalho, que só poderia ser alterado por meio da devida alteração legislativa. Haveria verdadeira afronta ao princípio da legalidade ou da reserva legal, assegurado no inciso II, do art. 5º, da Constituição Federal – que constitui, sem dúvida, um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito.

Inegavelmente, há ofensa ao devido processo legal, denominado de megaprincípio por Monteiro Júnior (2009). A adoção do artigo 475-J, na magistral lição de Teixeira Filho (2007, p. 55), implica:

- a) indisfarçável transgressão ao art. 769 da CLT, que estabelecia a omissão como requisito fundamental para a adoção supletiva de norma do processo civil pelo do trabalho, não se podendo considerar configurado esse pressuposto pelo simples fato de o CPC haver sido dotado de novas disposições;
- b) arbitrariedade derrogação dos dispositivos da CLT que disciplinam o processo de execução (notadamente, os arts. 880 e 884), como se fosse juridicamente possível, lege lata, normas editadas com vistas ao processo civil deitarem por terra expressas disposições da CLT, que, como é óbvio, são específicas do processo do trabalho.

É imperioso destacar, outrossim, ofensa ao princípio da segurança jurídica (WATERKEMPER, 2009), notadamente por alguns magistrados aplicarem a CLT, outros o artigo 475-J do CPC. Há grande desordem, quando cada magistrado adota um procedimento diverso, como se tem verificado na execução trabalhista. Lima (2008, p. 140) alude que a segurança jurídica objetiva que os cidadãos não sejam alcançados de surpresa pela interferência do Estado.

Teixeira Filho (2006b, p. 1179) observa que alguns magistrados aplicam o procedimento do artigo 475-J de forma integral; entretanto, outros o aplicam de modo parcial, sem indicar o prazo para impugnação, o que configuraria verdadeira teratologia, pela criação de procedimento novo "*tertius genus*", "composto por normas legais integrantes de sistemas distintos e inconciliáveis".

Conquanto entenda aplicável o artigo 475-J do CPC, Ribeiro (2010, p. 154) considera ser possível afastar a multa, caso haja pro-

vimento dos embargos à execução, asseverando: “O executado somente será absolvido do pagamento da multa se sua pretensão for acolhida quando do julgamento dos embargos; oportunidade esta em que o Juiz poderá dar provimento a sua defesa, acolhendo eventual alegação razoável”.

Monteiro Júnior (2009) obtempera:

A utilização desenfreada de métodos pouco ortodoxos na falsa esperança de se fazer justiça e de prestar tutela jurisdicional adequada, como é o caso da incidência do art. 475-J do CPC, leva o jurisdicionado a desacreditar no Judiciário, trazendo à tona os mais diversos procedimentos ao sabor de cada magistrado e intérprete da lei, colidindo com os princípios do due process of law e da legalidade.

Quanto a essa temática, o magistrado Prata (2009) diz: “A lei escrita existe justamente para evitar que a atividade judicante se transforme em arbítrio”. Ademais, alude:

O princípio da segurança jurídica, como é da própria natureza dos princípios jurídicos, está inserido em um âmbito deontológico (do dever ser ou do mandado de otimização), estimulando o juiz, na medida do possível, a não surpreender a comunidade jurídica com decisões extravagantes, isto é, que ignorem a tradição jurídica do país, representada por seus costumes, princípios, regras, precedentes jurisprudenciais e doutrina pacífica. A não ser, é lógico, que ele tenha razões ponderosas para inovar e o faça com exaustiva motivação.

Segundo Waterkemper, 2009, é inconstitucional a adoção desse procedimento do CPC na execução trabalhista:

A aplicação de normas estranhas ao processo do trabalho com fulcro apenas na celeridade processual, desconsiderando-se garantias legais e constitucionais arduamente conquistadas pela sociedade, mostra-se atitude arbitrária e inconstitucional.

Cairo Júnior (2013, p. 857) observa ser inaplicável a multa pelo não cumprimento espontâneo. Com clareza solar, retirar do devedor a possibilidade de indicar bens à penhora e embargar à execução é subtrair-lhe direito líquido e certo, amparado em lei. Na glosa de Teixeira Filho (2007, p. 59):

Afinal, se o sistema do processo do trabalho atribui ao devedor, como afirmamos, a faculdade de optar pela resistência jurídica à execução, por meio de embargos e mediante prévia garantia patrimonial do juízo, não é

justo, nem jurídico, nem lógico, que se lhe imponha qualquer sanção pecuniária, pois, em última análise, ele estaria sendo punido por exercer um inequívoco direito.

Consoante Pedroso (2012), a utilização do artigo 475-J na Justiça do Trabalho afronta a separação dos poderes e o pacto federalista, acarretando um improviso legal e prejuízo à segurança jurídica. Cremonesi (2006, p. 31) também é pela inaplicabilidade do dispositivo civilista:

Logo, de forma cristalina, é inaplicável o artigo 475-J do CPC na Justiça do Trabalho.

4 Dos remédios jurídicos para combater a ilegalidade

Quanto ao remédio jurídico para afastar a ilegalidade de decisão que imponha indevidamente a incidência do fustigado artigo 475-J do CPC, importa analisar qual o momento processual.

4.1 Na fase de execução

Em se tratando de citação ou intimação para pagamento, tem-se verificado a possibilidade de oposição de embargos à execução após a garantia do juízo. Nessa vertente, observa Sarapu (2009, p. 76).

Embora seja um grupo minoritário, há quem entenda que a impugnação ao cumprimento de sentença é o remédio adequado para atacar a intimação nos termos do artigo 475-J, como verificado na prática forense. Tal possibilidade é rechaçada por Saraiva (2011, p. 579).

Nesse sentido, Nascimento (2009, p. 7) comenta a bagunça e desrespeito à segurança jurídica que vive o jurisdicionado:

Alguns magistrados utilizam o art.475-J na íntegra, inclusive o prazo de 15 para impugnar o título (oferecer embargos à execução); outros aplicam de maneira parcial, no mandado de citação consta que o devedor dispõrá de 15 dias para pagar a dívida, sob pena de multa de 10%, mas não estabelecem o prazo para oferecimento dos embargos à execução (15 dias, art.475-J ou 5 dias, art.884 da CLT).

Salvo melhor juízo, a aplicação do art.475-J, do CPC, à execução trabalhista, seja de maneira integral ou parcial, gera insegurança jurídica, pois não há como a parte ou seu advogado saber quando será aplicado o referido artigo, ou, na hipótese de aplicação, qual será a interpretação dada pelo Tribunal na hipótese de recurso sobre o assunto.

Em existindo dúvida acerca da peça correta, deve o julgador aplicar o princípio da fungibilidade recursal.

Na glosa de Moura (2012, p. 1193-1194), a alteração no CPC não modificou a natureza do embargo à execução trabalhista, o qual manteve sua característica de mero incidente processual, por quanto processado nos autos do processo principal.

Teixeira Filho (2007, p. 60) assevera a possibilidade de impetração de mandado de segurança para combater a decisão que determinar a incidência do artigo 475-J do CPC, pois se está diante de violação de direito líquido e certo. Afirma ainda:

Além disso, a ação mandamental, com sua inalienável vocação democrática, permite ao impetrante submeter o ato do Juiz da execução (multa de 10%) à apreciação de órgão jurisdicional diverso e hierarquicamente superior (TRT). Os embargos do devedor, como salientamos, trazem o grave inconveniente de: a) submeter o ato impugnado à apreciação do mesmo juiz que o proferiu; b) não ser dotado, em princípio, de eficácia suspensiva dos efeitos do precitado ato. Por essa via, somente muito mais tarde e, às vezes, tarde demais é que a matéria chegará à cognição do Tribunal, sob o envoltório de agravo de petição (TEIXEIRA FILHO, 2007, p. 63).

Teixeira Filho (2006b, p. 1182) aponta ser o agravo de petição o meio jurídico adequado para repelir a incidência do procedimento do artigo 475-J na fase de execução. Em sentido contrário, Sarapu (2009, p. 79) comenta:

Ressalte-se que, quando houver possibilidade de a questão ser debatida em sede de embargos à execução, não se admite a possibilidade de interposição imediata do agravo de petição, pois a irrecorribilidade das decisões interlocutórias no processo trabalhista foi instituída em razão dos princípios da informalidade, da celeridade e da efetividade [....].

Embora provoque controvérsia, há quem admita a apresentação de exceção de pré-executividade nas hipóteses de questões de ordem pública e de matéria que não necessite de dilação probatória (MIESSA; CORREIA, 2013, p. 429; SARAPU, 2009, p. 76).

Da decisão que não dá provimento aos embargos, à impugnação ou à exceção, cabe agravo de petição, forte no artigo 897 da CLT.

4.2 Na fase de conhecimento

Caso a determinação dê-se em sede de conhecimento, caberá recurso ordinário (em se tratando de sentença), ou recurso de re-

vista (em se tratando de acórdão de Tribunal Regional). Nesse mesmo sentido, Teixeira Filho (2007, p. 60).

Conclusão

Do estudo, entende-se não haver premissa lógica para aplicar o artigo 475-J do CPC na Justiça do Trabalho e a multa ali prevista, porquanto existe disciplina própria na CLT, que regula todo o processo executivo. Entendimento contrário viola os artigos 880 e 876 (que regulam o processo de execução trabalhista) e 769 e 889 da CLT (que disciplinam as regras de integração da legislação trabalhista). Também há clara afronta à Constituição Federal, ao artigo 5º, incisos II (princípio da legalidade) e LIV (princípio do devido processo legal).

A despeito disso, há corrente doutrinária e jurisprudencial contrária ao acima exposto.

Por conseguinte, é inaplicável o artigo 475-J do CPC na Justiça do Trabalho, na exegese do Tribunal Superior do Trabalho.

Referências

- ALBUQUERQUE, João Marcos Esmeraldo. Aplicação da multa do art. 475-J do CPC ao processo laboral. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3681, 30 jul. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24463>>. Acesso em: 23 fev. 2014.**
- BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 2800-83.2009.5.21.0021. Recorrente: Tânia Construções e Serviços Ltda. Recorrido: Município de Macau. Ministro relator: João Oreste Dalazen. Brasília, 17 abr. 2013. Data de publicação: 26 abr. 2013. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consjst=&numeroTst=112800&dígitoTst=83&anoTst=2009&orgaoTst=5&tribunalTst=21&varaTst=0021&consulta=Consultar>>. Acesso em: 15 jan. 2014.**
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 107700-96. 2007.5.20.0005. Recorrente: Banco do Brasil. Recorrido: Osvaldo de Carvalho e outro. Ministro relator: Guilherme Augusto Caputo Bastos. Brasília, 2 jun. 2010. Data de publicação: 11 jun. 2010. Disponível em: <<https://aplicacao5.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&consjst=&numeroTst=107700&dígitoTst=96&anoTst=2007&orgaoTst=5&tribunalTst=20&varaTst=0005>>. Acesso em 4 mar. 2014.**
- CAIRO JÚNIOR, José. *Curso de Direito Processual do Trabalho*. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013.**
- CALLEGARI, José Antônio. A reforma processual civil e os reflexos no processo trabalhista. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1475, 16 jul. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10152>>. Acesso em: 1 mar. 2014.**

- CARRION, Eduardo.** *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho.* 32^a ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CREMONESI, André.** *Recurso ex-officio: inaplicabilidade do art. 475, § 2º, do Código de Processo Civil no processo do trabalho. LTr Suplemento Trabalhista*, São Paulo, v. 42, n. 080, p. 339-341, 2006.
- ITO, Ederklay Barbosa.** *A polêmica gerada pela aplicabilidade da multa estatuída pelo artigo 475-J do Código de Processo Civil no processo do trabalho.* 24 ago. 2011. Disponível em: <http://www.barbosoito.com.br/site/index.php?option=com_content&view=article&id=57:apolemica-gerada-pela-aplicabilidade-da-multa-estatuida-pelo-art-475-j-do-cpc-no-proc-do-trabalho&catid=9:artigos&Itemid=8>. Acesso em: 10 mar. 2014.
- LIMA, Juarez Duarte.** *Impossibilidade de aplicação supletiva em bloco da lei 11.232/2005, quanto à execução de sentença no âmbito do processo trabalhista. Revista da ESMAT 13: Escola Superior da Magistratura Trabalhista da Paraíba, João Pessoa, v. 1, n. 1, p. 136-150, ago. 2008.*
- MAIA, Roberto Serra da Silva.** *A inaplicabilidade da multa do art. 475-J do CPC na Justiça do Trabalho. Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2697, 19 nov. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17844>>. Acesso em: 21 fev. 2014.
- MALLET, Estevão.** *O processo do trabalho e as recentes modificações do Código de Processo Civil. Revista LTR, São Paulo, ano 70, n. 6, p. 668-675, 2006.*
- MARTINS, Sérgio Pinto.** *Comentários à CLT.* 13^a ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique.** *Processo do Trabalho para os concursos de analista do TRT e do MPU.* Salvador: JusPodivm, 2013.
- MONTEIRO JÚNIOR, Francisco José.** *A multa do art. 475-J do CPC na execução trabalhista. Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2045, 5 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12268>>. Acesso em: 1 mar. 2014.
- MOURA, Marcelo.** *Consolidação das Leis do Trabalho para concursos.* 2^a ed. Salvador: JusPodivm, 2012.
- NASCIMENTO, Letícia Nardi do.** *A multa prevista no caput do art. 475-J, do Código de Processo Civil, e sua aplicação no processo de execução trabalhista.* Porto Alegre: Academia Brasileira de Direito Processual Civil, 2009. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/LETICIA%20NARDI%20DO%20NASCIMENTO%20VERS%C3%83O%20FINAL.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2014.
- PEDROSO, Yolanda Maria de Menezes.** *A multa do artigo 475-J do CPC e a controvérsia de sua aplicação subsidiária à execução trabalhista. Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 100, maio 2012. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11511&revista_caderno=25>. Acesso em: 9 mar. 2014.
- PRATA, Marcelo Rodrigues.** *A multa do art. 475-J do Código de Processo Civil e a sua aplicabilidade no processo trabalhista. Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2095, 27 mar. 2009. Disponível

em: <<http://jus.com.br/artigos/12537>>. Acesso em: 1 mar. 2014.

PRÍNCIPE, Carlos Eduardo. *A multa do caput do artigo 475-J do CPC e a sua repercussão no âmbito do processo civil e a sua aplicabilidade no processo do trabalho.* *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2050, 10 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12319>>. Acesso em: 1 mar. 2014.

RIBEIRO, Rosiris Rodrigues de Almeida Amado. *A (ina)aplicabilidade da multa do art. 475-J do CPC na execução trabalhista.* In: SANTOS, José Aparecido dos. (Org.). *Execução trabalhista: homenagem aos 30 anos AMATRA IX.* São Paulo: LTr, 2008. p. 143-156.

ROMAR, Carla Teresa Martins. *Direito Processual do Trabalho.* 2^a ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SÃO PAULO. Tribunal Regional do Trabalho da 2^a Região. Recurso Ordinário nº 00018642620115020384, 11^a Turma. Recorrente: Fidelity Serv Trat Doc Informações Ltda. Recorridos: Teresa Gomes da Costa e outros. Data do julgado: 28 ago. 2012. Data da publicação: 31 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>>. Acesso em: 22 fev. 2014.

SARAIVA, Renato. *Curso de Direito Processual do Trabalho.* 8^a ed. São Paulo: Método, 2011.

SARAPU, Thais Macedo Martins. *Aplicação Subsidiária das reformas da execução civil à execução trabalhista e efetividade da tutela jurisdic-*

cional. 2009. 215 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

SEVERO, Valdete Souto. *O caráter instrumental do processo do trabalho e as recentes alterações legislativas.* *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1942, 25 out. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11900>>. Acesso em: 24 fev. 2014.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *As novas leis alterantes do processo civil e sua repercussão no processo do trabalho.* *Revista LTr*, São Paulo, ano 70, n. 3, p. 274-299, 2006a.

_____. *O cumprimento da sentença no CPC e o processo do trabalho.* *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 73, n. 01, p. 51/65, jan./mar. 2007. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/1312858/05.+O+cumprimento+da+senten%C3%A7a+no+CPC+e+o+processo+do+trabalho>>. Acesso em: 10 mar. 2014.

_____. *Processo do trabalho: embargos à execução ou impugnação à sentença? A propósito do art. 475-J do CPC.* *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 70, n. 10, p. 1179-1182, out. 2006b.

WATERKEMPER, Mariana Linhares. *Aplicação do artigo 475-J à execução trabalhista. Aspectos controvertidos.* *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2301, 19 out. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13701>>. Acesso em: 1 mar. 2014.

Convenção 156 da OIT sobre responsabilidades familiares – Eventuais impactos da sua ratificação na legislação trabalhista brasileira

José Antonio Martins Lacerda

*Advogado da CAIXA no Distrito Federal
LL.M. em Direito Corporativo pelo Instituto Brasileiro
de Mercado de Capitais – IBMEC*

RESUMO

O desequilíbrio no mercado de trabalho entre homens e mulheres com responsabilidades familiares agrava os inconvenientes decorrentes das desigualdades de gênero. A Convenção 156 da OIT marca o ápice do debate internacional sobre o tema, arrolando, em conjunto com a Recomendação 165, Princípios e Diretrizes a serem observados pelos Estados signatários, no intuito de equalizar a situação. A esperada ratificação dessa convenção pelo Brasil deverá gerar impactos na legislação trabalhista nacional. Atento às condições de trabalho pleiteadas nas negociações coletivas, busca este estudo identificar os prováveis impactos na legislação trabalhista brasileira após a ratificação, bem como indicar os dispositivos legais relativos ao tema que, embora obsoletos, ainda vigem.

Palavras-chave: Responsabilidades familiares. Convenção 156/OIT. Legislação trabalhista. Impactos.

ABSTRACT

Unbalance in the labor market between men and women with family responsibilities exacerbates the adverse effects connected to gender inequalities. The ILO Convention 156 marks the apex of the international discussion on this topic, listing, in combination to ILO Recommendation 165, Principles and Guidelines to be observed by the signatory States in order to equalize the situation. The expected ratification of this Convention by Brazil should have an impact on national labor laws. In attention to working conditions pled in collective bargaining, this study aims to identify likely impacts on the Brazilian labor law after ratification, as well as to indicate legal provisions relating to the issue that, although obsolescent, are still effective.

Keywords: Family responsibilities. ILO Convention 156. Labor legislation. Impacts.

Introdução

A Convenção 156 da OIT versa sobre trabalhadores com responsabilidades familiares, em esforço complementar às Convenções 100 e 111 como instrumentos jurídicos internacionais erigidos com o fito de eliminar a discriminação entre homens e mulheres em relação aos aspectos da vida laboral e seus reflexos no ambiente familiar e pessoal. Refere-se, pois, a cidadãos responsáveis pelo cuidado de pessoas adultas ou crianças que não têm condições de cuidarem de si mesmas e que, portanto, dependem do apoio e da ajuda de outrem para viver. Nesse intuito, busca proteger o membro da família que ocupa ou deseja ocupar um posto de trabalho e se vê impedido ou limitado devido aos conflitos entre responsabilidades profissionais e familiares.

A despeito da crescente participação das mulheres no mercado de trabalho produtivo, é ainda verificável que as horas de trabalho dedicadas às atividades domésticas e de cuidado configuram ônus quase exclusivamente por elas suportado. A tensão decorrente do desequilíbrio entre o trabalho e família impacta negativamente e sobremaneira sua inserção no mercado de trabalho numa sociedade historicamente patriarcal como a brasileira. Por tal razão, a moderação dessa questão assume fundamental relevância para a igualdade de gênero no espaço laboral. A necessidade de harmonização dessas esferas de trabalho pública e privada entre homens e mulheres exige ações do Estado no sentido de implementar políticas públicas capazes de provocar as necessárias mudanças culturais e de impulsionar adequadas alterações legislativas, em especial no que tange ao Direito do Trabalho.

Conquanto adotada em 1981, na 67^a sessão da Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho, em Genebra, o Brasil ainda não ratificou a Convenção 156. Esse ato de Estado representará importante avanço para a conquista da equidade de oportunidades entre trabalhadores e trabalhadoras no sentido de estabelecer a divisão das responsabilidades familiares. A igualdade de oportunidades e de tratamento para homens e mulheres com encargos familiares é questão fundamental para a concretização do princípio constitucional da isonomia e a efetividade do Capítulo VII da Constituição Federal de 1988, que prevê a proteção da Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso, a teor dos dispositivos dos artigos 226 a 230.

O consequente à ratificação demandará do Estado a adoção de políticas públicas específicas e a adequação da legislação trabalhista aos princípios enunciados e aos direitos cuja proteção tal norma internacional recomenda. Mediante um diagnóstico dos mais

relevantes pleitos reiterados no contexto das negociações coletivas por trabalhadores e trabalhadoras com responsabilidades familiares e uma análise do universo legislativo e do sistema jurídico viventes no Brasil, este estudo busca evidenciar os principais impactos que a esperada ratificação da Convenção nº 156 da OIT deverá produzir no ramo do Direito do Trabalho.

1 Gênero, trabalho e família

1.1 As desigualdades de gênero no mercado de trabalho e as responsabilidades familiares

É controvertida a questão da gestão da distribuição das horas dedicadas às atividades produtivas e reprodutivas, havendo, no contexto brasileiro, clara divisão sexual do trabalho¹ e usos diferenciados do tempo entre homens e mulheres. O trabalho produtivo, aquele realizado profissionalmente e de forma remunerada, do qual resulta a produção de bens e serviços com valor econômico, é tradicionalmente associado à figura masculina. Já o trabalho reprodutivo, não remunerado, relacionado às atividades de manutenção do lar e à subsistência, abrangendo a alimentação e o cuidado dedicado aos membros da entidade familiar dependentes de apoio, tais como crianças, idosos e enfermos, tem sido desde sempre concebido como aptidão natural das mulheres. Essa concepção discriminatória tem sido foco determinante de tensão ante o desejo e a necessidade da incorporação da força feminina ao mercado formal de trabalho. Tal desequilíbrio entre as esferas do trabalho e dos cuidados gera danosas consequências, principalmente para as mulheres, a quem histórica e culturalmente é atribuída quase com exclusividade a responsabilidade pelos zelos familiares e domésticos.

Dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios realizada em 2009 sobre as condições das mulheres no mercado de trabalho são reveladores da desigualdade de gênero persistente no Brasil. Naquele ano, a taxa de participação das mulheres na economia formal era de 58,9% em contraste com a taxa de 81,6% para os homens; a taxa de desemprego de 6% para os homens e 11% para

¹ *O conceito de divisão sexual do trabalho utilizado neste estudo está baseado no conceito sociológico proposto por Hirata (2009, p. 67): “A divisão sexual do trabalho é a forma de divisão do trabalho social decorrente das relações sociais de sexo; essa forma é historicamente adaptada a cada sociedade. Tem por características a destinação prioritária dos homens à esfera reprodutiva e das mulheres à esfera reprodutiva e, simultaneamente, a ocupação pelos homens das funções de forte valor social agregado”.*

as mulheres também revela cruel discrepância. Ressalte-se que, entre as jovens de 16 a 24 ocupadas, 69,2% dedicavam-se a trabalhos informais.

Recentes mudanças socioculturais nas relações de trabalho e das famílias, especialmente nas últimas três décadas, têm conduzido a um cenário onde as mulheres passaram, cada vez mais, a compartilhar com os homens o papel de prover economicamente o lar. No entanto, não se tem observado equivalente assunção de corresponsabilidade pelas atividades domésticas e de cuidado por parte dos homens. O levantamento de dados sobre essa disparidade realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada em 2011 revela a crescente inserção feminina no mercado de trabalho em contraste com o persistente desequilíbrio no uso do tempo produtivo e reprodutivo entre homens e mulheres:

A participação das mulheres na renda familiar tem aumentado gradativamente e passa a praticamente representar, na média, metade da renda familiar (4%). Isto se deve tanto ao aumento da participação da mulher no mercado de trabalho (a taxa de participação feminina cresceu 10% no período em análise), como à mudança no perfil dos arranjos familiares (em 2009, 3% das famílias eram chefiadas por mulheres, arranjo que se ampliou 4%, desde 1995). (IPEA, 2011, p. 35).

Observa-se que o uso do tempo como dimensão de análise de desigualdades sociais está relacionado a aspectos da vida cotidiana que não têm sido contemplados nas demais estatísticas. Isso porque, ao analisarem-se e computarem-se as horas da jornada laboral de uma pessoa, não se inclui aí o tempo despendido com o deslocamento casa/trabalho e vice-versa, tampouco se considera a relevância das atividades realizadas no âmbito doméstico sem as quais o trabalho exercido no mercado não seria possível: "O estudo do uso do tempo possibilita, portanto, ter acesso a rotinas sociais muitas vezes ocultas, mas necessárias para que a vida social se produza e reproduza, e permite saber o quanto de trabalho é realizado sem que assim seja considerado e contabilizado" (IPEA, 2011, p. 36).

A pesquisa do IPEA evidencia que é em relação aos quefazeres domésticos, principalmente, que as pressões relativas ao uso do tempo contribuem de maneira mais significativa para revelar desigualdades de gênero mediante uma histórica divisão sexual do trabalho. E as desigualdades são tanto maiores quanto menor a renda das mulheres ocupadas, já que, com o aumento da renda, ocorre a delegação desses afazeres pela contratação de trabalho doméstico

remunerado. Este, aliás, exercido quase exclusivamente por mulheres:

93% das mulheres ocupadas com até 1 salário mínimo se dedicam aos afazeres domésticos em uma média de 2,2 horas por semana. Entre aquelas que recebem mais de 8 salários mínimos, 76,7% fazem o mesmo. [...] nos domicílios em que há trabalhadoras domésticas morando, 7% das mulheres se dedicam a estes afazeres, enquanto, nos domicílios sem estas trabalhadoras, são 89,9% das mulheres realizando estas atividades (IPEA, 2011, p.37).

O tempo utilizado nos afazeres domésticos tem impacto na jornada total de trabalho, que considera a ocupação principal e o trabalho doméstico de homens e mulheres (IPEA, 2001). Logo, essa cultural atribuição do trabalho doméstico às mulheres representa-lhes uma desigual sobrecarga e constitui fator extra a ser considerado quando de seu ingresso no mercado formal de trabalho produtivo e impactante no destino da vida social de homens e mulheres.

Observemos que, no Brasil, as mulheres ocupadas a partir de 16 anos de idade dedicavam, em 2009, mais do que o dobro do tempo despendido pelos homens às atividades domésticas e de cuidado, respectivamente, 22 e 9 horas semanais. As mulheres chefe-s de família com filhos desempenham as maiores jornadas, já que, além de aportarem renda para o lar, se veem forçadas a dedicar considerável tempo às atividades domésticas e de cuidados. Chegam a realizar uma jornada total média de trabalho de 66,8 horas por semana. Tal situação revela a questão nodal que marca a dinâmica segundo a qual as mulheres em geral acessam, permanecem e se retiram do mercado de trabalho. O crítico desequilíbrio entre o trabalho e as responsabilidades familiares contribui para a reprodução das desigualdades de gênero no mercado de trabalho.

1.2 Novos arranjos familiares, novas necessidades

O tradicional modelo de família predominante até o século XX refletia um cenário sociopolítico hoje modificado por um mercado de trabalho mais dinâmico e com ampla participação feminina, se bem que ainda com grande margem de informalidade. Atualmente se observam notórias alterações das estruturas familiares tradicionais, constituídas das figuras paterna, materna e filhos, para diversificados tipos de composição, como as famílias monoparentais e especialmente os agregados constituídos pela mãe ou pai e des-

cedentes, a redução dos agregados familiares numerosos, o reconhecimento das uniões homoafetivas, socioafetivas, a uniparental, entre outros vários arranjos possíveis. De outro lado, fatores socioeconômicos, culturais e migratórios têm ocasionado mudanças nos hábitos familiares, tudo a gerar necessidades distintas das tradicionais.²

Nesse novo contexto, a renda das mulheres assumiu fundamental relevância para a manutenção das famílias ao mesmo tempo em que gerou crescente conflito de responsabilidades, em razão de que o tempo dedicado à obtenção de proventos furta-lhes as horas que antes eram dedicadas aos cuidados familiares e tarefas domésticas. Por outro lado, os homens ficam mais restritos quanto à participação na vida familiar. E, quando assumem as responsabilidades familiares, passam também a sofrer discriminação, já que deixam de encaixar-se na noção de “trabalhador ideal”, aquele totalmente disponível para o mercado de trabalho.

Esse quadro, aliado à inexistência de políticas públicas que apoiam a realização das atividades domésticas e de cuidado, elevou a questão do equilíbrio entre trabalho e família ao nível de elemento fundamental para a promoção da igualdade de gênero no âmbito sociolaboral. A tensão prejudica também os interesses empresariais, posto que pode ocasionar redução de produtividade e gerar maior rotatividade, absenteísmo, atrasos e desmotivação. Todas, consequências que podem ser evitadas com a implementação de medidas de apoio.

É relevante destacar que o trabalho reprodutivo gesta e suporta a *cellula mater* da sociedade, promovendo sua perpetuação e a reprodução da força de trabalho, fundamental ao desenvolvimento econômico e social. Por isso, os esforços para a conciliação de interesses e equalização desse problema social assumem evidente relevância para mitigar as consequências negativas desse quadro a médio e longo prazos, tanto na esfera individual quanto na coletiva. É fundamental o papel do Estado como moderador para prevenir que esse cenário continue a gerar custos sociais e impactos econômicos que afetam as trajetórias de crescimento pessoal e de desenvolvimento do país.

Esse cenário demanda que a questão das responsabilidades familiares tenha sua função social reconhecida, de modo a merecer

² Ressalte-se que também o aumento percentual da população idosa, que demanda cuidados dos membros mais jovens da família, acrescenta outra variável ao problema. A ONU prevê que, em 2047, o número de pessoas idosas ultrapasse, pela primeira vez, o número de crianças no mundo. A consequência é que as demandas familiares atuais não mais encontram esteio nos agregados obsoletos nem contam com o apoio adequado por parte da estrutura estatal.

mais atenção do Estado por meio de políticas públicas voltadas à adoção de um modelo social baseado no equilíbrio entre trabalho e família, a partir da noção de corresponsabilidade social. Conforme proposto pela OIT, esse conceito envolve, muito além da mera redistribuição das atividades de cuidado entre homens e mulheres, o fortalecimento do papel da entidade estatal, das empresas e das organizações sindicais e seu efetivo envolvimento com a promoção da conciliação entre trabalho e família (OIT Brasil, 2009b).

Nesse contexto, medidas como a ampliação da licença-paternidade e a implantação de licenças parentais que possam ser usufruídas por pais ou mães indiscriminadamente também contribuem para fortalecer um modelo no qual homens e mulheres aparecem como engajados nas atividades de cuidado. Um modelo no qual a dicotomia mulher-cuidadora/homem-provedor é desestabilizada, abrindo espaço para um novo desenho que revela mulheres cuidadoras-provedoras e homens cuidadores-provedores (VASCONCELOS, 2009).

Buscando cumprir seu papel, cabe ao Estado, além de implementar as políticas públicas de conciliação entre trabalho e família adequadas, criar um marco legal gerador do equilíbrio desejado que estimule transformações na divisão sexual do trabalho remunerado e não remunerado promotoras de sua valorização e mensuração. Especificamente quanto à legislação trabalhista, deve incentivar o debate e encaminhar os projetos de lei resultantes, diligenciando esforços por sua aprovação. A começar pela imediata ratificação da Convenção 156 da OIT, incumbirá ao Estado atuar proativamente para que os princípios e as diretrizes nela inscritos tornem-se realidade legal no Brasil.

1.3 A igualdade de gênero no cenário internacional

O tema da igualdade de gênero e das responsabilidades familiares tem sido objeto de debate no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT) desde sua fundação, evoluindo ao passo do tempo em três diferentes fases. Até a década de 1950, com foco principal na proteção às mulheres trabalhadoras especialmente em função da maternidade, foi promulgada a Convenção 03/1919, relativa ao Emprego das Mulheres antes e depois do parto (Proteção à Maternidade), revista pelas Convenções 103/1952 e 183/1995, que se referem ao conjunto de direitos estabelecidos, ampliando-se a cobertura destes com consequência para o plano dos cuidados e do equilíbrio entre trabalho e família.

A partir de 1951, a noção de igualdade de oportunidades e tratamento quanto ao acesso ao emprego e à formação e ascensão

profissional tornou-se o foco dos debates. No contexto das discussões iluminadas por essas ideias, foram publicadas a Convenção nº 100, de 1951, Sobre Igualdade de Remuneração, e a Convenção nº 111, de 198, Sobre Discriminação no Emprego e na Ocupação.

Desde a década de 1970, ocuparam-se os grupos de estudo da perquirição sobre as formas de organização e distribuição dos trabalhos produtivo e reprodutivo nas famílias e nas sociedades. A Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, de 1979, primeiro reconheceu a importância de partilhar as responsabilidades familiares. Considerando que as adversidades quotidianas agravam-se para trabalhadores e trabalhadoras que têm responsabilidades familiares, os membros da OIT acordaram que são necessárias medidas que atendam às demandas específicas ou aquelas destinadas a melhorar as condições dessas pessoas. Desses debates adveio, conjuntamente com a Recomendação 165, a Convenção nº 156, de 1981, Sobre a Igualdade de Oportunidade e de Tratamento para Trabalhadores e Trabalhadoras com Responsabilidades Familiares.

A Convenção nº 156 dedica especial tratamento às discriminações baseadas nas responsabilidades familiares, reconhecendo necessidades e conflitos ocasionados por tal ônus, mormente quando restringem à pessoa a possibilidade de ingressar, participar ou progredir em atividade economicamente rentável. Propõe a adoção de medidas adequadas ao propósito de modificar o papel tradicional tanto do homem quanto da mulher na sociedade e na família, de modo a prevenir o conflito entre as responsabilidades profissionais e os encargos familiares. Assim, faz complemento à Convenção nº 111, acrescendo recomendações sobre o tema da igualdade de oportunidades.

Sinteticamente, consta entre suas determinações a sua aplicabilidade aos trabalhadores com responsabilidades para com filhos, idosos ou enfermos a seu cargo, quando essas limitem suas possibilidades de preparar-se para a atividade econômica, nela ingressar e/ou progredir; a determinação de que deverá o Estado fomentar medidas que possibilitem às pessoas com responsabilidades familiares exercerem o direito de trabalhar livres de discriminação e em harmonia com os ônus familiares e profissionais; além de prover meios de assistência à infância e à família e organizar serviços de orientação e formação profissional para possibilitar que homens e mulheres com responsabilidades familiares integrem-se e permaneçam integrados à força de trabalho, assim como nela reingressem após ausências decorrentes dessas responsabilidades; a consideração de que as responsabilidades familiares não devem constituir, por si só, causa justificada para o fim da relação de tra-

balho; e a de que tanto os homens como as mulheres são responsáveis por seus descendentes, razão pela qual ambos devem ter direito ao uso de uma licença parental em um período posterior à licença-maternidade.

A Recomendação nº 165 lista medidas específicas aptas a garantir às pessoas com responsabilidades familiares o acesso, a permanência e a reintegração ao trabalho. Sugere, ademais, medidas capazes de prover melhores condições de trabalho e gerar benefícios à qualidade de vida desse grupo de trabalhadores, a exemplo das jornadas de trabalho reduzidas e a flexibilidade de horários.

Como tratados internacionais construídos no âmbito de Organizações Internacionais, as Convenções sujeitam-se à ratificação por cada um dos Estados Membros da Organização. Uma vez ratificadas, as normas de uma convenção passam a ser de cumprimento obrigatório pelo Estado signatário, de forma que, ao corroborá-la, este país está confirmando que o conteúdo do respectivo tratado internacional torna-se parte de sua legislação nacional. Já as Recomendações configuram instrumentos não vinculantes, mas que descrevem sugestões de políticas e ações nacionais a serem implementadas para o fim de dar efetividade aos princípios da convenção adotada.

2 A Convenção 156 e o cenário brasileiro

2.1 O debate e os avanços no Brasil sobre a Convenção 156 da OIT e igualdade de gênero

Mediante o Decreto Presidencial de 20 de agosto de 2004, o Poder Executivo brasileiro instituiu, no âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego, a Comissão Tripartite de Igualdade de Oportunidades e Tratamento de Gênero e Raça no Mundo do Trabalho (CTIO) com o objetivo de promover políticas públicas de igualdade de oportunidades e de tratamento, e de combate a todas as formas de discriminação de gênero e de raça no emprego e na ocupação. A Comissão é composta por representantes do Estado, dos trabalhadores e dos empregadores e conta com assessoria técnica da OIT.

A CTIO tem debatido o tema da conciliação entre trabalho e responsabilidades familiares desde 2005, na busca da conciliação de interesses para a ratificação da Convenção nº 156. Após a XX Reunião Ordinária da Comissão Tripartite, realizada no dia 10 de dezembro de 2009, a Comissão encaminhou a discussão da ratificação da Convenção 156 para a Comissão Tripartite de Relações Internacionais (CTRI), também presidida pelo MTE. Nesse foro, a despeito do posicionamento contrário da representação dos empregadores, a maioria representada pelo governo e pelo grupo de

trabalhadores emitiu parecer favorável à ratificação, o qual foi encaminhado ao Ministério das Relações Exteriores. Após análise do parecer, o MRE o encaminhou à Casa Civil, em junho de 2010, para encaminhamento ao Congresso Nacional. Mediante a Exposição de Motivos nº 260/2010, o Itamaraty submete à consideração do presidente da República o texto da Convenção 156 ressaltando que o Ministério do Trabalho e Emprego e a Secretaria de Políticas para Mulheres da Presidência da República anuíram à ratificação do instrumento quanto inexistam óbices jurídicos.

O procedimento foi recebido na Casa Civil em 7 de junho de 2010 e cadastrado sob o NUP 00001.005.633/2010-84. Em 18 de janeiro de 2011, retornou ao MRE com despacho para manifestação da nova formação ministerial. Em 31 de janeiro de 2011, o Gabinete ministerial despachou o procedimento, encaminhando-o às áreas pertinentes, para análise e reapresentação. A almejada ratificação ainda aguarda tratamento no MRE, não tendo ainda chegado o parecer ao conhecimento do Poder Legislativo.³

Mas, além do debate acerca da Convenção nº 156, o Poder Público no Brasil já vem adotando algumas medidas no intuito de adequar seu sistema jurídico-normativo e suas políticas públicas às novas realidades econômicas e sociais decorrentes da necessidade de conciliação entre o trabalho e a família. O Congresso Nacional publicou, em 9 de setembro de 2008, a Lei nº 11.770, que ampliou para 180 dias a licença-maternidade para as mulheres servidoras públicas federais ou para trabalhadoras cujas empresas aderiram ao Programa Empresa Cidadã por meio de concessão fiscal. Estão na pauta de discussão do Congresso Nacional a cobertura da ampliação da licença-maternidade a todas as trabalhadoras, bem como a ampliação da licença-paternidade.⁴

No que se refere às políticas públicas federais, destacam-se as ações correlatas ao tema das responsabilidades familiares resultantes do Programa Pró-Equidade de Gênero e Raça, desenvolvido desde 2006 pela Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República (SPM/PR), que conta com o apoio da OIT e da ONU Mulheres. O principal objetivo consiste em promover a igualdade de oportunidades e de tratamento entre homens e mulheres por meio do desenvolvimento de novas concepções na gestão de pessoas e na cultura organizacional. Algumas empresas vêm adotando medidas de conciliação entre trabalho e família no marco

³ *Informações foram fornecidas pelo MRE e pela Casa Civil por meio de ligações telefônicas e correspondência eletrônica realizadas entre o autor e os referidos órgãos em julho de 2013.*

⁴ *Os projetos de lei estão disponíveis em: <<http://www.camara.leg.br/sileg/default.asp>>.*

das ações de promoção da igualdade de gênero desenvolvidas no Programa. Entre essas medidas, estão a capacitação nas temáticas de gênero e responsabilidades familiares, a ampliação da licença-maternidade para seis meses, a criação de espaços adequados para as trabalhadoras lactantes, o reconhecimento de união homoafetiva para efeito de concessão de benefícios a dependentes e a concessão de benefícios para dependentes de empregados do sexo masculino que não estão na condição de viúvos ou que tenham a guarda judicial dos seus filhos. Muitas dessas medidas foram alcançadas por meio da inclusão da temática nas pautas das mesas de negociação coletiva (OIT Brasil, 2009a e OIT Brasil, 2009c).

O Plano Nacional de Emprego e Trabalho Decente (PNETD), construído mediante cooperação entre diversos ministérios e secretarias de estado com o objetivo de fortalecer a capacidade do Estado brasileiro para avançar no enfrentamento dos principais problemas estruturais da sociedade e do mercado de trabalho, entre os quais as desigualdades de gênero, tomando como referência os Objetivos do Milênio e as metas da Agenda Hemisférica do Trabalho Decente, estabeleceu metas visando ao alcance dos resultados esperados relativos às três prioridades planificadas. O PNEDT estabeleceu como Prioridade 1 “Gerar mais e melhores empregos, com igualdade de oportunidades e de tratamento”. Entre outros objetivos dirigidos a esse escopo, destaca-se o propósito relativo ao “Aumento da igualdade de oportunidades e de tratamento no mundo do trabalho, em consonância com as Convenções da OIT nº 100 e 111 ratificadas pelo Brasil”. Nesse desígnio, estabeleceram-se as METAS para 2011: “1.6.9.a. Concluir o processo de consulta da Convenção da OIT nº 156 sobre trabalhadores/as c/ responsabilidades familiares e submeter ao Congresso Nacional”; as METAS para 2015: “1.6.9.b. Ratificação da Convenção nº 156 da OIT sobre trabalhadores/as c/ responsabilidades familiares”; e os INDICADORES: “1.6.9.1. Decreto de promulgação da Convenção 156” (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2010, p. 33).

Também as empresas e sindicatos têm discutido e implementado ações aptas a promover essa conciliação. Surgiram dispositivos resultantes dos acordos e convenções coletivas, como a liberação para acompanhamento de filhos por questões de saúde e educação, garantia de auxílios para gastos com educação de dependentes, assistência à saúde dos trabalhadores e trabalhadoras e de seus dependentes e a garantia de auxílio-dependente. Iniciativas e medidas conciliatórias vêm sendo adotadas no âmbito das empresas, a exemplo da ampliação da licença-maternidade para seis meses, a criação de espaços adequados para as trabalhadoras lactantes, o reconhecimento da união homoafetiva para efeito de concessão

de benefícios aos dependentes dos empregados e a concessão de benefícios para dependentes de empregados do sexo masculino que não estão na condição de viúvos ou que tenham a guarda judicial dos seus filhos, entre outros.

Todavia, tais ações ainda não são suficientes para sanar o problema das desigualdades de gênero, sobretudo com relação ao uso do tempo entre homens e mulheres, persistindo situações de injusta sobrecarga para elas tanto quanto de desaconselhável apartamento dos homens do convívio familiar e das atividades de cuidado. Diante desse quadro, urge a ratificação da Convenção 156, mediante sua aprovação pelo Congresso Nacional e assinatura pelo Poder Executivo. Esse passo representará importantíssimo avanço para a conquista da igualdade de oportunidades entre mulheres e homens e dará impulso formal e cogente ao processo de adequação da legislação nacional a respeito da matéria.

De acordo com a OIT (OIT Brasil, 2009b), as medidas de conciliação trabalho-família são soluções políticas destinadas a facilitar o acesso de todos os trabalhadores e trabalhadoras a um trabalho digno, abordando e apoiando explícita e sistematicamente as suas responsabilidades familiares não remuneradas. A Convenção (n.º 156) e a Recomendação (n.º 165) da OIT fornecem importantes orientações políticas, constituindo um instrumento flexível para apoiar a definição de políticas que permitam aos trabalhadores e trabalhadoras com responsabilidades familiares exercer o direito a um emprego e a uma carreira profissional, sem qualquer tipo de discriminação. As medidas de conciliação da vida profissional e familiar podem ser tomadas a nível nacional, local e da empresa, contribuindo para melhor compatibilizar as responsabilidades familiares com o trabalho remunerado e tornar as condições de trabalho mais compatíveis com as responsabilidades familiares não remuneradas.

São necessárias políticas que promovam activamente a participação dos homens nas responsabilidades familiares, algo que dificilmente será alcançado se não se adoptarem medidas que fomentem uma mudança dos comportamentos, como as licenças por paternidade e licenças parentais remuneradas. O governo deve assumir um papel de liderança na definição de orientações políticas e na criação de um ambiente social favorável ao diálogo e à mudança para melhorar a conciliação entre trabalho e vida familiar. Cabe-lhe, em particular, o papel crucial de elaborar cuidadosamente legislação para alcançar os objectivos de igualdade e, desta forma, combater a tradicional divisão do trabalho remunerado e não remunerado entre homens e mulheres (OIT, 2009b).

O processo iniciado com a ratificação da Convenção 156 da OIT deverá gerar um novo arcabouço legal, judicial e doutrinário relativamente às relações de trabalho. A ratificação é apenas o passo inicial no processo formal de sua implantação. Deverão ser implementadas medidas regulamentadoras que garantam a aplicação das determinações da Convenção 156. É certo que depois de ratificada a Convenção, seus princípios passarão a valer imediatamente. No entanto, para ampliar seu alcance, será preciso moldar a legislação vigente aos princípios internalizados. Haverá de advir a pertinente regulamentação.

Assim, caberá ao Estado implementar políticas públicas voltadas a proteção e zelo das pessoas que necessitem de cuidados de modo a compartilhar entre a família, a empresa, a entidade estatal e a sociedade as responsabilidades familiares pelos ascendentes, descendentes e agregados carentes. Igualmente deverá fomentar a formação de rede de serviços de alimentação e de manutenção do lar compatíveis com tais necessidades ao fito de propiciar que seus responsáveis, homens e mulheres, tenham melhores condições de preparação, inserção e manutenção no mercado de trabalho produtivo. Incumbirá ainda ao Estado promover a adequação da legislação trabalhista nacional à nova cultura da conciliação entre trabalho e família e da igualdade de oportunidades.

2.2 Os princípios e diretrizes da Convenção 156 da OIT

Como visto, a Convenção 156 e a Recomendação 165 da OIT estabelecem princípios e diretrizes balizadores das políticas e adequações legislativas a serem adotadas pelos Estados signatários para o fim de gerarem cultura, ambiente e condições legais aptos a proporcionar a efetiva igualdade de oportunidades e de tratamento para trabalhadores e trabalhadoras com responsabilidades familiares. Assim, segundo a Convenção, deverão os Estados fomentar medidas que possibilitem às pessoas com responsabilidades familiares exercerem o direito de trabalhar livres de discriminação e em harmonia com os ônus familiares e profissionais (Convenção 156, art. 3º). Igualmente, deverão promover serviços comunitários, públicos ou privados, como serviços e meios de assistência à infância e família, tendo em conta, quanto ao planejamento comunitário, as necessidades de trabalhadores com encargos de família (art. 5º).

Também é dever do Estado adotar medidas apropriadas para promover a informação e a educação que gerem uma compreensão pública mais ampla do princípio da igualdade de oportunidades e tratamento para trabalhadores e trabalhadoras com respon-

sabilidades familiares, bem como uma opinião pública favorável à solução desses problemas. Outrossim, deve tomar todas as medidas compatíveis com as condições e as possibilidades nacionais, inclusive medidas no campo da orientação e formação profissionais, para possibilitar que homens e mulheres com responsabilidades familiares integrem-se e permaneçam integrados à força de trabalho, assim como nela reingressem após ausências decorrentes dessas responsabilidades (arts. 6º e 7º).

Estatui a Convenção que as responsabilidades familiares não devem constituir, por si só, causa justificada para o fim da relação de trabalho (art. 8º). E informa que suas disposições podem ser aplicadas por leis ou regulamentos, contratos coletivos, normas trabalhistas, laudos arbitrais, decisões judiciais ou por combinação desses instrumentos ou por qualquer outro modo adequado e compatível com a prática e as condições nacionais (art. 9º), podendo ser aplicadas por etapas (art. 10º).

A Recomendação nº 165, que suplementa a Convenção 156, lista medidas específicas aptas a garantir às pessoas com responsabilidades familiares o acesso, a permanência e a reintegração ao trabalho em condições de igualdade. Sugere, ademais, medidas capazes de prover melhores condições de trabalho e gerar benefícios à qualidade de vida desse grupo de trabalhadores. No que se referem às condições de formação e emprego, são elas:

- O Estado deve tomar todas as medidas compatíveis com as condições e possibilidades nacionais para que os trabalhadores e trabalhadoras com responsabilidades familiares possam integrar-se e permanecer na força de trabalho, assim como se reintegrar após uma ausência decorrente dessas responsabilidades;
- Os trabalhadores e trabalhadoras com responsabilidades familiares devem gozar das mesmas oportunidades e do mesmo tratamento que os demais trabalhadores de ambos os sexos no que concerne à preparação e ao acesso ao trabalho, à ascensão profissional e à segurança no trabalho;
- A situação conjugal, a situação familiar ou as responsabilidades familiares não devem constituir por si causas justificadas para negar um trabalho a um trabalhador ou trabalhadora ou para terminar a relação de trabalho;
- Deve ser concedida especial atenção às medidas gerais para melhorar as condições de trabalho e a qualidade de vida no trabalho, incluindo medidas destinadas a:
 - reduzir progressivamente a duração da jornada de trabalho e reduzir as horas extraordinárias;
 - introduzir mais flexibilidade na organização dos horários de trabalho, dos períodos de descanso e de férias;

- A organização do trabalho por turnos e a designação de trabalho noturno devem ter em conta as necessidades especiais dos trabalhadores e trabalhadoras, incluídas as derivadas de suas responsabilidades familiares;
- As transferências de localidade devem considerar as responsabilidades familiares dos trabalhadores ou trabalhadoras e fatores tais como a localização do emprego de seu cônjuge e as possibilidades de educação dos filhos e filhas;
- As condições de trabalho dos trabalhadores e trabalhadoras temporários, a tempo parcial e a domicílio, muitos dos quais têm responsabilidades familiares, devem ser adequadamente regulamentadas e supervisionadas;
- As condições de trabalho, incluída a proteção da seguridade social, desse grupo de trabalhadores e trabalhadoras devem ser equivalentes às dos trabalhadores de ambos os sexos a tempo completo e dos permanentes, respectivamente, calculando-se seus direitos de forma proporcional;
- Os trabalhadores e trabalhadoras a tempo parcial devem ter a opção de passar a ocupar empregos a tempo completo ou de regressar a eles quando existam vagas nesses empregos e quando tenham desaparecido as circunstâncias que determinaram sua designação para empregos a tempo parcial;
- Durante um período imediatamente posterior à licença-maternidade, a mãe ou pai devem ter a possibilidade de obter uma licença parental, que pode ser introduzida de forma gradual, sem perder seu emprego e conservando os direitos que dele derivam;
- Um trabalhador – homem ou mulher – com responsabilidades familiares deve ter a possibilidade de obter uma licença para acompanhamento em caso de enfermidade de filhos e filhas ou de outro membro de sua família direta que necessite de seu cuidado ou sustento;
- As responsabilidades familiares de um trabalhador ou trabalhadora devem ser tomadas em conta, entre outros fatores, ao se determinar se o emprego oferecido a esse trabalhador ou trabalhadora é um emprego adequado, nos casos em que sua não aceitação pode acarretar a perda ou a suspensão de seguro-desemprego;
- Em particular, quando o emprego oferecido significar mudança para outra localidade, devem figurar, entre os fatores considerados, a localidade de emprego do cônjuge e as possibilidades de educação dos filhos e filhas.

A implementação de tais medidas terá o condão de criar as condições para que o processo de mudança de cultura a respeito

dos papéis sociais de homens e mulheres bem como de responsabilidades familiares tenha impulso oficial e efetivo no Brasil. Assim também ocorrerá o fomento e manutenção de um ambiente de diálogo entre as instituições da sociedade civil baseado na premissa da corresponsabilidade social.

3 A legislação trabalhista brasileira e os efeitos da Convenção 156 da OIT

3.1 As medidas necessárias à implementação da Convenção 156 da OIT

A promoção da conciliação entre trabalho e família exigirá dos atores sociais a adoção de medidas de apoio às famílias e de adequações do ambiente e jornada laborais. Tais medidas podem, assim, ser categorizadas em dois blocos específicos:

- Medidas orientadas a compatibilizar as responsabilidades familiares com o trabalho;
- Medidas orientadas a compatibilizar as condições de trabalho com as responsabilidades familiares.

No conjunto das medidas voltadas à compatibilização das responsabilidades familiares com o trabalho estão as políticas públicas que deverão ser implementadas ao fito de proporcionar aos responsáveis pelo lar e por entes dependentes as condições de melhor gerir o seu tempo. Seja por oferecer estrutura comunitária de lavanderias, restaurantes e serviços de apoio e acompanhamento de menores, idosos e enfermos, poupando-lhes horas de trabalho doméstico e provendo suporte aos entes dependentes durante a jornada de trabalho produtivo, seja por proporcionar-lhes mais tempo livre para o efetivo convívio familiar, tais medidas estão assentadas entre as principais propostas defendidas pelas representações dos trabalhadores.

As centrais sindicais reivindicam do Estado a implantação de ações aptas a minimizar o conflito gerado entre os deveres profissionais e os encargos familiares, estando entre as principais reivindicações a criação, ampliação e qualificação da rede de creches, restaurantes e lavanderias comunitários, além da redução de jornada semanal, sem perda salarial. A plataforma de ações propostas pela CUT em prol do desenvolvimento com distribuição de renda e valorização do trabalho quando das Eleições de 2010 apresenta diversos itens cuja adoção auxiliará sobremaneira a dar efetividade aos princípios da Convenção 156 e a regulamentar os direitos por ela enunciados.

Entre as medidas de igualdade entre homens e mulheres, e no concernente ao grupo de medidas destinadas a gerar har-

monia entre as condições de trabalho e as prementes necessidades domésticas e de cuidados familiares, as propostas daquela Central Sindical releva a análise da adequação legislativa no ramo do direito do trabalho. Com efeito, haverá de advir normas cogentes que imponham à classe patronal a adoção de novos paradigmas quanto à gestão de recursos humanos e da cultura organizacional, especialmente em relação ao ambiente de trabalho e à flexibilização da jornada laboral. Serão imperativas as ações de suporte às empregadas lactantes, a criação de espaços destinados ao acolhimento e proteção dos menores em fase de amamentação durante a jornada da mãe, a adoção e regulamentação de licença parental, entre outras várias medidas que poderão ser criadas.⁵

O diálogo social realizado entre as entidades representativas de patrões e empregados é importante indicador das condições de trabalho mais reivindicadas e reflexo mais claro das prementes necessidades humanas ainda geradoras de tensão na relação trabalho-família, conquanto não satisfeitas. Por isso mesmo, agrupa as mais relevantes informações acerca das alterações na legislação trabalhista necessárias ao pleno acolhimento do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, na sua vertente que abarca as relações juslaborais e a proteção da família. As negociações coletivas representam de fato uma valiosa e efetiva ferramenta para a promoção dos avanços dos direitos de trabalhadores e trabalhadoras, permitindo até mesmo a ampliação de direitos já garantidos pela lei ou a instituição de novos direitos ainda não contemplados em legislação.

As negociações coletivas têm alcançado avanços na legislação em matéria de proteção da maternidade e responsabilidades familiares. Em muitos países, os sindicatos têm negociado diversas medidas nesse sentido e, em alguns casos, direitos inicialmente garantidos por meio de negociações coletivas foram posteriormente incorporados a legislações nacionais, como ocorreu no caso da licença-paternidade no Brasil (OIT, 2009b).

A fim de identificar no universo justrabalhista brasileiro os dispositivos vigentes que já se encontram em conformidade com os princípios da Convenção 156 da OIT, bem como os que com ela não se conformam e, portanto, demandam adequações, um olhar atento às interações entre os sindicatos de empregados e as organizações de empregadores desencobre um rol de pleitos relativos

⁵ Central Única dos Trabalhadores. *Plataforma da CUT para as Eleições 2010: Jornada pelo desenvolvimento com distribuição de renda e valorização do trabalho, 2010.*

às necessidades nascidas das responsabilidades familiares. Tais pleitos configuram, sem dúvida, os conflitos cujo saneamento caberá à lei.

A par da universalidade do direito à licença-maternidade, por exemplo, negociações coletivas em diversos países lograram ampliação de sua duração e dos benefícios pecuniários correspondentes. São também valiosas as conquistas relativas aos horários flexíveis de entrada e saída ou licenças curtas remuneradas por motivo de emergências familiares. Na Europa, a exemplo da Islândia, alguns países pagam 80% do salário nos três meses de licença-paternidade. Na Dinamarca, a licença tem duração de um ano e é compartilhada entre pai e mãe. Na Suécia, dura 18 meses, com 80% do salário, podendo ser dividida como desejarem mãe e pai, desde que este goze ao menos três meses em companhia da criança (FONSECA, [2008]). A licença parental inicial é também realidade em Cuba e Portugal.

No Brasil⁶, sindicatos e empresas têm colhido importantes avanços mediante acordos e convenções coletivas sobre temas não abrangidos pela legislação, a exemplo da estabilidade provisória de emprego e/ou salário ao trabalhador que se tornou pai, além dos benefícios referidos no item 2.1 deste artigo.

Com grande relevância para a equalização da questão do compartilhamento das responsabilidades familiares, propugna a CUT, em sua plataforma de propostas para as eleições de 2010, pela ampliação da licença-paternidade. Alternativamente, recomenda a instituição da Licença Parental sugerindo a alteração do inciso XIX do art. 7º da Constituição Federal para que contemple a licença-paternidade, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de 180 dias, a ser gozada após a licença-maternidade. Sob a diretriz da valorização do trabalho e no intuito de gerar mais e melhores empregos, com igualdade de oportunidades e de tratamento na perspectiva do pleno emprego, propõe ao Estado o acolhimento do trabalho informal, a redução da jornada de trabalho para 40 horas semanais como mecanismo de geração de emprego, qualidade de vida e inclusão social, com aprovação da PEC 231/95⁷, garantia de concessão de licença remunerada aos trabalhadores/as para fins de estudos e qualificação profissional. Sugere ainda o estabelecimento de mecanismos de prevenção, fiscalização, denúncia, apuração e punição das práticas de assédio moral e assédio sexual (CUT, 2010).

⁶ As informações referentes às cláusulas resultantes das negociações coletivas no Brasil foram extraídas de DIEESE (2011).

3.1.1 As condições de trabalho pleiteadas nas negociações coletivas

Uma acurada análise dos acordos e convenções coletivas que resultaram das negociações coletivas de trabalho realizadas no Brasil e registradas no SACC - Sistema de Acompanhamento de Contratações Coletivas, desenvolvido pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE), nos períodos compreendidos entre 1993/1995, 1996/2000, 2001/2006 e 2007/2009, aponta um rol de garantias pleiteadas relativas a sete temas relacionados à igualdade de oportunidades de gênero e raça no trabalho: gestação, maternidade/paternidade, responsabilidades familiares, condições de trabalho, exercício do trabalho, saúde e equidade de gênero.

É fato que a grande maioria dessas cláusulas observadas reforça matérias já previstas em lei e guarda predisposição para direcionar as atividades e cuidados à trabalhadora mãe. Não obstante, alguns avanços foram observados para além dos direitos já garantidos pela legislação nacional.

Relativamente à gestação, a preocupação é premente no sentido de assegurar direitos relativos à preservação da saúde da mulher e do nascituro durante o período de gravidez. Igualmente, busca-se a coibição de práticas impeditivas para a contratação ou manutenção do emprego da trabalhadora em razão do estado gravídico. As cláusulas foram classificadas em sete tipos:

- Estabilidade da gestante;
- Função compatível com a gravidez;
- Horário de trabalho da gestante;
- Exames pré-natal;
- Atestado médico de gravidez;
- Primeiros socorros para o parto;
- Informações sobre risco à gestante.

Quanto à maternidade e à paternidade, as cláusulas negociadas visam facilitar a conciliação entre o exercício do trabalho e os cuidados necessários à criação e ao acompanhamento dos filhos, compreendendo garantias a pais e mães desde o momento do nascimento da criança. Estão classificadas conforme os tipos seguintes:

- Licença-maternidade;
- Licença-paternidade;
- Estabilidade no emprego do pai;
- Licença-amamentação;

⁷ Proposta de Emenda à Constituição n.º 231/95 - propõe a redução da jornada de trabalho de 44 para 40 horas semanais, sem o ajuste correspondente no salário, e aumenta o valor do adicional da hora extra de 50% para 75% sobre o valor da hora trabalhada.

- Intervalos para amamentação;
- Jornada de trabalho da lactante;
- Creche;
- Acompanhamento de filhos no que se refere às questões de saúde e desempenho escolar;
- Garantias a trabalhadores que têm dependentes com deficiência;
- Licença à mãe adotante;
- Licença ao pai adotante;
- Estabilidade para adotantes;
- Creche para filhos adotivos;
- Intervalo para amamentação de filhos adotivos.

Já quanto às responsabilidades familiares classificaram-se cláusulas que estabeleceram garantias relativas à vida familiar, assim como para possibilitar ao trabalhador ou trabalhadora a presença no lar quando circunstâncias demandarem, bem como para estender a seus dependentes benefícios a que tenham direito. Assumiram quatro tipos:

- Acompanhamento de familiares;
- Auxílios para gastos com a educação de dependentes;
- Assistência à saúde;
- Auxílio-dependente.

Em consideração às necessidades específicas das mulheres no ambiente de trabalho, têm sido negociadas cláusulas visando mitigar situações penosas decorrentes do exercício da atividade profissional, atentas à constituição fisiológica da mulher. Também têm sido debatidas as exigências das empresas em relação à aparência das trabalhadoras e as que procuram coibir abusos sexuais e morais nas relações de trabalho. É importante observar, relativamente ao assédio moral e sexual, que as garantias alcançadas não se referem exclusivamente às mulheres. Destinam-se à proteção de trabalhadores e trabalhadoras. Listaram-se as seguintes garantias concernentes às condições de trabalho:

- Jornada de trabalho;
- Direito de trabalhar sentada;
- Revista de pessoal;
- Assédio moral e sexual;
- Fornecimento de absorventes;
- Fornecimento de sapatos e meias.

Em relação ao direito de acesso e exercício do trabalho, verificou-se a garantia de formação profissional da mulher e/ou melhores condições para o aprendizado das mulheres no Serviço Nacional da Indústria (SENAI). E no tocante à saúde da mulher foram analisadas cláusulas que estabeleceram garantias relacionadas à

saúde física e/ou psicológica da mulher, sem vinculação com a defesa da função reprodutiva:

- Prevenção ao câncer ginecológico;
- AIDS;
- Licença-aborto;
- Estabilidade-aborto;
- Retorno da licença-maternidade.

Finalmente, no debate acerca da equidade de gênero, verificou-se que a maior parte das cláusulas destinadas a criar garantias contra a discriminação segue o padrão de reforçar as determinações legais, todavia não especifica quais seriam as situações de discriminados, tampouco as ferramentas aptas à efetiva atuação em favor da isonomia.

- Vedações de desigualdade salarial entre homens e mulheres que prestem serviços ao mesmo empregador exercendo idêntica função, com mesma produtividade e mesmo tempo de serviço;
- Igualdade de oportunidade em processos seletivos;
- Política de transparência com relação aos direitos das mulheres;
- Garantia de acesso da mulher ao trabalho, independentemente de sua idade;
- Política de compensação em favor de mulheres e negros em situação de empate em processo seletivo interno para cargo de confiança.

3.1.2 A igualdade de gênero na legislação brasileira positivada

Conquanto ainda não tenha sido ratificada pelo Brasil, a legislação nacional já apresenta importantes pontos de contato com os princípios e diretrizes da Convenção 156 e da Recomendação 165. A revogada Constituição de 1967, anterior ao nascimento da convenção analisada, já dispunha acerca da igualdade entre homens e mulheres perante a lei, com proibição de diferenças salariais e de critérios de admissão por motivo de sexo, cor e estado civil e instituição de descanso remunerado da gestante, antes e depois do parto, sem prejuízo de seu emprego e salário. Mas o advento da Constituição Cidadã em 1988 ocasionou expressivos avanços no que tange à promoção da igualdade, influenciando a edição de leis específicas referentes à família e à equidade de gênero.

O texto constitucional vigente no Brasil estabelece a isonomia de direitos e obrigações entre homens e mulheres já no *caput* e no inciso primeiro do art. 5º, que relaciona os direitos e deveres individuais e coletivos entendidos como Garantias Fundamentais pelo legislador constituinte. Ao estatuir que todos são iguais perante a

lei, sem distinção de qualquer natureza, e que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos da Constituição, eleva à categoria de cláusula pétrea a inadmissibilidade da discriminação em razão do gênero com propósito de desnivellar materialmente homens e mulheres. *Contrario sensu*, a distinção atenderá ao Princípio da Isonomia quando evocada para mitigar eventuais desníveis decorrentes de diferenças biopsicossociais.

Ao tratar dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, no capítulo dos Direitos Sociais, no que concerne à conciliação entre o trabalho produtivo e reprodutivo, instituiu importantes direitos:

- Salário-família (art. 7º, XII);
- Jornada diária não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais (art. 7º, XIII);
 - Licença de 120 dias à gestante – licença-maternidade (art. 7º, XVIII);
 - Licença-paternidade de cinco dias (art. 7º, XIX, c/c art. 10, § 1º, do ADCT);
 - Proteção para as mulheres no mercado de trabalho, conforme incentivos específicos definidos em lei (art. 7º, XX);
 - Oferta de assistência gratuita por meio de creches e pré-escolas aos/as filhos/as e dependentes, desde o nascimento até os cinco anos de idade (art. 7º, XXV);
 - Proibição da diferenciação salarial e de critérios discriminatórios para o exercício de funções ou admissão com base em sexo, idade, cor ou estado civil (art. 7º, XXX).

Já no capítulo dedicado especialmente à proteção da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso, a Constituição Federal define que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher (art. 226, § 5º), estabelecendo a isonomia entre gêneros nas relações domésticas. Tomando a família por base da sociedade, busca também ampliar o conceito de entidade familiar ao reconhecer como sujeitos da proteção estatal a união estável entre homem e mulher (§ 3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (§ 4º). As responsabilidades familiares são evidenciadas no art. 229, que decreta que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

O art. 227 já abordava a noção de corresponsabilidade social, ao dispor que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de

toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Essa proteção especial inclui a limitação de idade mínima de 14 anos para admissão ao trabalho, a garantia de direitos previdenciários e trabalhistas e a garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola (§ 3º). Tal corresponsabilidade é reforçada e estendida às pessoas idosas, que têm direito de amparo, de participação na comunidade, de defesa da sua dignidade e bem-estar e garantia do direito à vida (art. 230).

A Constituição ainda prevê que a adoção será assistida pelo Poder Público e proíbe designações discriminatórias relativas à filiação ao estatuir que os filhos, sejam havidos ou não da relação do casamento, sejam adotivos, gozarão idênticos direitos e qualificações (§§ 5º e 6º). E no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, seu último capítulo, a Constituição guardou linhas para estabelecer a estabilidade durante e após o período gestacional, ao dispor que é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (ADCT, art. 10, II, b).

A estabilidade da gestante, além da previsão constitucional, alcançou recentemente importante reforço legal com a sanção presidencial da lei que garante estabilidade no emprego a gestantes que cumprem aviso prévio. A Lei nº 12.812/2013, publicada no Diário Oficial da União de 17 de maio de 2013, veio a acrescentar o art. 391-A à CLT para tratar sobre a estabilidade provisória da gestante. Dispõe que a confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea b do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Durante a gestação, é garantida à empregada, sem prejuízo do salário e demais direitos, a dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares (CLT, art. 392, § 4, II, incluído pela Lei nº 9.799/99). Configura abono de faltas para a realização sistemática de exames pré-natal.

A Lei nº 9.029/95 proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização ou qualquer outra prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego ou sua manutenção por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade (art. 1º). Tipifica criminalmente a exigência de teste, exame, perícia, laudo, atestado, declaração ou qualquer outro procedimento relativo à esterilização ou a estado de gravidez. Igualmente quanto à adoção de quaisquer medidas de indução ou instigamento à esterilização genética, bem como quanto à promo-

ção do controle de natalidade. Tais práticas discriminatórias são apenadas com detenção de um a dois anos e multa (art. 2º).

A licença-maternidade de 120 dias, já assegurada pelo art. 7º, XVIII, da Constituição Federal, é também tratada e regulamentada pela Consolidação das Leis do Trabalho. O art. 392 da CLT especifica que a licença deve ter início 28 dias antes e término 92 dias depois do parto. Já o art. 393 garante a percepção de salário integral durante a licença-maternidade e o retorno à função anteriormente ocupada, ao fim do afastamento. O prazo total de gozo da licença-maternidade foi ampliado em 2008 para 180 dias em favor das servidoras públicas federais ou trabalhadoras de empresas que aderirem ao Programa Empresa Cidadã, instituído pela Lei nº 11.770/2008, que, mediante incentivos fiscais, estabeleceu a prorrogação do benefício por 60 dias. A Lei nº 8.213/91 determina que o salário-maternidade é devido à segurada empregada, à trabalhadora avulsa e à empregada doméstica e deve ser pago pela empresa, efetivando-se a compensação quando do recolhimento das contribuições sobre a folha de salários.

A obrigatoriedade da licença-paternidade, como visto, tem fundamento apenas em dispositivo constitucional (art. 7º, XIX), com o prazo de cinco dias fixado no § 1º, do art. 10, do ADCT. A despeito de estar em discussão no âmbito do Poder Legislativo brasileiro, a ampliação do exíguo prazo do benefício ainda não encontra regulamentação em lei ordinária.

Ao cabo da licença-maternidade, a trabalhadora que regressa ao trabalho pode continuar a amamentar seu filho, contando, para tanto, com dois intervalos diários de meia hora cada um, durante a jornada de trabalho, até que a criança complete seis meses de idade (CLT, art. 396). Tais pausas podem ser utilizadas nos horários de entrada e saída e, quando a saúde do filho exigir, o período de seis meses poderá ser aumentado. Ademais, conforme dispõe o art. 389, § 1º da CLT, as empresas que contem mais de 30 empregadas devem manter espaço adequado para guarda, sob vigilância, e assistência aos seus filhos durante o período de amamentação. A proporção de leitos no berçário deve ser de 1/30 empregadas entre 16 e 40 anos de idade (art. 1º, § 2º, Portaria DNSHT nº 1 de 15/01/69).

Poderão as empresas, no entanto, optar por suprir tal dever por meio de creches distritais mantidas diretamente ou mediante convênios com outras entidades públicas ou privadas como Sesi, Sesc, LBA, ou mesmo com as entidades sindicais (art. 389, § 2º, c/c art. 397 da CLT). Podem, alternativamente, adotar sistema de reembolso-creche, mediante prévia estipulação em acordo ou convenção coletiva, que cubra integralmente as despesas efetuadas

com o pagamento da creche de livre escolha da empregada mãe, pelo menos até os seis meses de idade da criança, independente do número de mulheres do estabelecimento e sem prejuízo do cumprimento dos demais preceitos de proteção à maternidade (Portaria nº 3.296/86, art. 1º e 2º).

A Lei nº 10.421/2002 estende à mãe adotiva o direito à licença-maternidade e ao salário-maternidade, ao introduzir na Consolidação das Leis do Trabalho o art. 392-A, dispondo que à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392. Os parágrafos 1º a 3º do artigo introduzido estabeleceram escalonamento do período da licença, concedendo 120 dias, no caso de adoção ou guarda judicial de criança até um ano de idade (§ 1º), 60 dias para crianças com idade entre um e quatro anos de idade (§ 2º) e 30 dias se a idade da criança estiver entre os quatro e os oito anos (§ 3º). Introduziu ainda o art. 71-A na Lei nº 8.213/91, de modo a garantir à adotante segurada da Previdência Social o salário-maternidade durante o período proporcional à licença.

Posteriormente, a Lei nº 12.010/2009 veio a dispor sobre adoção, modificando substancialmente o Estatuto da Criança e do Adolescente, instituído pela Lei nº 8.069/90, para adequá-lo à nova diretriz relativa à intervenção estatal prevista no art. 226 da Constituição Federal. Assim, promoveu aperfeiçoamento da sistemática prevista para garantia do direito de todas as crianças e adolescentes à convivência familiar prevista naquele estatuto. Estabeleceu que é dever do Estado atuar prioritariamente na orientação, apoio e promoção social da família natural, junto à qual a criança e o adolescente devem permanecer. Somente em ocorrendo absoluta impossibilidade de permanência na família natural, demonstrada por decisão judicial fundamentada, a criança ou o adolescente serão colocados sob adoção, tutela ou guarda.

Mas, além das alterações promovidas no Estatuto da Criança e do Adolescente, a referida lei revogou expressamente os §§ 1º a 3º do art. 392-A da Consolidação das Leis do Trabalho. Com isso, deixou de existir o escalonamento de período de licença por adoção em razão da idade da criança adotada. Em consequência, restou vigente o quadro legislativo que estabelece que a empregada que adotar ou obtiver guarda judicial de criança para fins de adoção faz jus à licença-maternidade nas mesmas condições em que a goza a mãe biológica, nos termos do art. 392 da CLT, independentemente da idade do menor. Igualmente, fará jus ao salário-maternidade durante todo o período da licença.

A Lei nº 11.770/2008, que instituiu o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar por 60 dias a duração da licença-mater-

nidade, garante que a prorrogação será assegurada, na mesma proporção, também à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança (§ 2º).

O salário-educação é uma contribuição social prevista no art. 212, § 5º, da Constituição Federal, que dispõe que o ensino fundamental público o terá como fonte adicional de financiamento. Foi instituído pelo Decreto-Lei nº 1.422/75, que estabeleceu contribuição mensal das empresas vinculadas à previdência social com mais de dez empregados. A contribuição é destinada ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação e aos programas em favor do ensino de 1º grau, regular e supletivo, nos estados ou no Distrito Federal, em cotas de 1/3 e 2/3 respectivamente (Lei nº 9.424/96, art. 15).

A Lei nº 9.766/98 alterou a legislação de regência da matéria esclarecendo que o salário-educação não tem caráter remuneratório na relação de emprego e não se vincula, para nenhum efeito, ao salário ou à remuneração percebida pelos empregados das empresas contribuintes (art. 3º). Possibilitou ainda que a contribuição seja recolhida ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) ou ao FNDE (art. 4º). O Decreto nº 6.003/2006 produziu novas regulamentações acerca da arrecadação e aplicação dos recursos do salário-educação, estatuindo que o montante da arrecadação deste é estipulado com base no custo de 1º grau, cabendo a todas as empresas vinculadas à previdência urbana e rural, respectivamente, recolher:

- 2% sobre a folha de salário de contribuição, definido na legislação previdenciária, e sobre a soma dos salários-base dos titulares, sócios e diretores, constante dos carnês de contribuições individuais;

- 0,8% sobre o valor comercial dos produtos rurais (art. 3º do Decreto nº 87.043/82).

As empresas poderão deduzir da contribuição os valores aplicados no ensino fundamental de seus empregados e dependentes. Ou mesmo poderão deixar de recolher a contribuição do salário-educação quando optarem por uma das seguintes modalidades de apoio:

- a) manutenção do ensino de 1º grau, quer regular, quer supletivo, através de escola gratuita para os empregados ou seus filhos;

- b) programa de bolsas tendo em vista a aquisição de vagas na rede de ensino particular de 1º grau para seus empregados ou filhos destes, recolhendo, para esse efeito, no FNDE, a importância correspondente ao valor mensal devido a título de salário-educação;

- c) indenização das despesas realizadas pelo próprio empregado com sua educação de 1º grau, pela via supletiva, fixada nos

limites estabelecidos no § 1º, art. 10 e comprovada por meio de apresentação do respectivo certificado;

d) indenização para os filhos de seus empregados entre sete e 14 anos, mediante comprovação de frequência em estabelecimentos pagos, nos mesmos limites da alínea anterior;

e) esquema misto, usando combinações das alternativas anteriores.

Com relação à jornada normal de trabalho, além da limitação constitucional de duração diária e semanal (CF, art. 7º, XIII), a CLT regula sua duração dispondo que não excederá oito horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite, para os empregados em qualquer atividade privada (art. 8), podendo ser acrescida de até duas horas suplementares (art. 9). Não obstante, ao tratar da proteção do trabalho da mulher, repete a mesma limitação à jornada diária de oito horas. Todavia acomoda exceção somente para casos nos quais for fixada duração inferior (art. 373).

A CLT dispõe ainda acerca da obrigação de toda empresa de prover os seus estabelecimentos de cadeiras ou bancos em números suficientes para que as mulheres possam trabalhar sem grande esgotamento físico (art. 389, I). Além disso, prevê o direito de repouso remunerado de duas semanas e de retorno à função ocupada, em caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico (art. 395). Esse direito é fundamental para contribuir para a recuperação física e psicológica da mulher em um período difícil de sua vida. O exame médico no retorno ao trabalho após o parto tem regulamentação na NR7, segundo a qual deverá ser realizado obrigatoriamente no primeiro dia da volta ao trabalho de trabalhador ausente por período igual ou superior a 30 dias por motivo de doença ou acidente, de natureza ocupacional ou não, ou parto (NR7 – item 7.4.3.3).

Também dispõe a CLT, na esteira da proibição constitucional (art. 7º, XXX), sobre a vedação de diferença de salário, de exercício de função e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. Estatui a Consolidação que a todo trabalho de igual valor prestado ao mesmo empregador, na mesma localidade, corresponderá salário igual, sem distinção de sexo, nacionalidade ou idade, sendo idêntica a função (art. 5º c/c 461). Esclarece ainda que trabalho de igual valor é aquele realizado com igual produtividade e com a mesma perfeição técnica, entre pessoas cuja diferença de tempo de serviço não for superior a dois anos (art. 461, § 1º).

No tocante à questão do assédio sexual, o Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei nº 2.848/40) o conceitua no artigo 216-A como o ato de constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou

favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerente ao exercício de emprego, cargo ou função. Além de defini-lo, o dispositivo legal estipula pena de detenção de um a dois anos para aqueles que infringirem o código.

O auxílio-natalidade, devido à servidora pública federal por motivo de nascimento de filho, é previsto na Lei nº 8.112/90 (art. 196, §§ 1º e 2º) e destina-se a auxiliar nas despesas do parto e outras resultantes do nascimento de filhos. É pago inclusive no caso de natimorto e tem valor equivalente ao menor vencimento do serviço público, sendo acrescido de 50% por nascituro na hipótese de parto múltiplo. Tal benefício será pago ao cônjuge ou companheiro servidor público, quando a parturiente não for servidora.

Alguns estados contam com disposição semelhante em favor de seus servidores. Todavia, não há previsão legal que abarque os trabalhadores e trabalhadoras em regime celetista, posto que o benefício, anteriormente previsto e pago no Regime Geral da Previdência Social (Lei nº 8.213/91, art. 140), foi revogado pela Lei nº 9.528/97, representando lamentável retrocesso quanto à proteção da família.

A Lei nº 8.213/91 dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e prevê ainda o benefício do salário-família (arts. 65 a 70). Igualmente o faz o Decreto nº 3.048/99, que regulamenta a Previdência Social (arts. 81 a 92). O salário-família é um benefício pago aos segurados empregados e aos trabalhadores avulsos, ativos ou aposentados, considerados de baixa renda, para auxiliar no sustento dos filhos de até 14 anos de idade ou inválidos de qualquer idade. São equiparados aos filhos os enteados e os tutelados que não possuam bens suficientes para o próprio sustento. A despeito de a lei ordinária excepcionar os domésticos, a Emenda Constitucional nº 72, de 2 de abril de 2013, alterou a redação do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal para estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais, estendendo-lhes o benefício previsto no inciso XII: “salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei”. Quando o pai e a mãe forem segurados empregados ou trabalhadores avulsos, ambos terão direito ao salário-família.

Os valores base e de benefícios são determinados de tempos em tempos, em razão de fatores inflacionários e de política assistencial. Atualmente, vige a Portaria Interministerial MF/MPS nº 15, de 10 de janeiro de 2013, que dispõe sobre o reajuste dos benefícios pagos pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) e

dos demais valores constantes do Regulamento da Previdência Social (RPS) estabelecendo que o benefício do salário-família será de valor igual a R\$ 33,16, para salários de até R\$ 646,00. Para os trabalhadores com salário entre R\$ 646,60 e R\$ 971,78, o benefício será de R\$ 23,36.

3.1.3 Os pleitos relativos à conciliação das condições de trabalho e as responsabilidades familiares ainda não contempladas em lei – impactos na legislação trabalhista brasileira

As disposições constitucionais e legais elencadas representam importantes progressos no cenário brasileiro, especialmente por reconhecer não apenas o homem como força de trabalho relevante e por tomar em consideração as necessidades familiares como importante componente do desenvolvimento econômico-social. A despeito, porém, dos importantes institutos jurídicos e direitos abrangidos pela legislação em vigor no que diz respeito à igualdade de oportunidades e de tratamento para trabalhadores e trabalhadoras com responsabilidades familiares, observa-se um extenso quadro de pleitos relativos à conciliação entre trabalho e família carentes de proteção e regulamentação legal.

O conjunto legislativo vigente não se mostra suficiente à completa equalização do problema do desequilíbrio no uso do tempo entre homens e mulheres e a desejável partilha balanceada das responsabilidades familiares, conquanto perdurem as condições de iníqua sobrecarga feminina e o nocivo distanciamento dos homens da convivência e das atividades de cuidados no ambiente familiar. A efetiva conquista da igualdade de oportunidades entre mulheres e homens demanda urgente adequação da legislação nacional. No aspecto juslaboral, requer o reconhecimento e estatização legislativa dos direitos e condições constantes dos avanços negociais coletivos, bem como dos pleitos advogados pelas entidades representativas dos trabalhadores, a fim de estendê-los a toda a sociedade brasileira.

Quanto aos direitos na gestação, além da previsão constitucional e celetista relativa à estabilidade da gestante, pleiteia-se a garantia de emprego e salário às trabalhadoras gestantes por até 180 dias, após o término da licença-maternidade, sem prejuízo de aviso prévio ou férias vencidas, mesmo em caso de natimorto. Além disso, há pleito de prazo de até 120 dias para comunicação da gravidez em caso de dispensa imotivada. No tocante à compatibilidade da função com a gravidez, buscam-se garantias de mudança de função da trabalhadora gestante quando represente

riscos, tais como local insalubre ou prejudicial à gestação, atividade de risco, limitações de ordem física, a exemplo da garantia de dispensa de voos para as aeronautas. Deseja-se a flexibilização do horário de trabalho, com liberação da gestante antes do término do expediente em até 30 minutos a partir do sexto mês de gestação; o abono de falta do pai para que possa acompanhar a esposa ou companheira gestante durante o tratamento pré-natal; resarcimento de gastos efetuados com exames de gravidez para fins de gozo de estabilidade; transporte de urgência a locais apropriados para a trabalhadora que entrar em trabalho de parto durante a jornada de trabalho; e campanhas de informações sobre risco à gestante.

No tocante à maternidade e à paternidade, aspiram os trabalhadores e trabalhadoras com responsabilidades familiares que a licença-maternidade não coincida com as férias; o recebimento, durante o período de licença, de todos os benefícios adquiridos; a contagem do período de licença-maternidade para recebimento de PLR e para efeitos de promoção. Anseiam ainda pela ampliação da licença-paternidade, sem prejuízo de férias e de licença médica e estabilidade do emprego do pai. Almejam licença-amamentação, por até 90 dias, após o término da licença-maternidade, ainda que sem remuneração; ampliação do direito de intervalos para amamentação para período de até 12 meses, com possibilidade de cumulação dos intervalos em um único diário coincidente com o início ou o final da jornada de trabalho; extensão do intervalo para amamentação às mães adotivas. A garantia de intervalo para amamentação de filhos adotivos é exemplar que representa grande avanço no reconhecimento da importância da igualdade de direitos entre filhos naturais e adotivos em observância ao Princípio da Proteção Integral da Criança.

Desejam em relação à jornada de trabalho da lactante a limitação em oito horas diárias, com transferência para período diurno quando for o caso; folga semanal extra e, para aeronautas, a dispensa de reserva, sobreaviso ou pernoite fora da base. Cobram auxílio-babá ou auxílio-creche devido a cada filho, extensivo a todos os trabalhadores mães e pais, independentemente do estado civil, inclusive aos que vivam em união estável com parceiros do mesmo sexo, com duração de até os 84 meses de idade da criança e sem limite de idade para filho deficiente, devido ainda que durante as férias e mesmo a despeito da morte da empregada, durante a licença-maternidade, em caso de afastamento por auxílio-doença ou por acidente de trabalho. Intentam acessibilidade às creches conveniadas com relação ao local e horário de funcionamento; extensão da creche por mais um ano; indeniza-

ção do valor respectivo em caso de rescisão injustificada antes do período previsto para a duração do benefício. Exigem abono de até oito dias de falta por ano aos trabalhadores pais ou mães para acompanhamento por questões de saúde (internação hospitalar, consulta médica, tratamento médico) de filhos menores, ou de qualquer idade se excepcionais, deficientes ou inválidos; abono das horas de ausência de mães e pais trabalhadores que tenham filhos cursando o 1º e 2º graus, quando convocados para reuniões escolares coincidentes com o horário de trabalho; coincidência de folga com dia do aniversário dos filhos. Pretendem auxílio para despesas com tratamento e/ou medicamento de dependentes excepcionais ou com deficiência; reembolso de gastos com educação de dependentes deficientes, sem limite de idade (creche e educação especializada); horário flexível para o trabalhador que tiver filho deficiente; e compromisso de desenvolvimento de formas de auxílio às entidades especializadas no tratamento de deficientes.

Os pleitos concernentes às garantias desejadas nas hipóteses de adoção incluem licença ao pai adotante; estabilidade para todos os trabalhadores adotantes, por até 120 dias a partir do retorno da licença-maternidade, sem limitação de idade da criança; garantia, aos filhos adotivos, dos mesmos direitos à creche concedidos aos filhos biológicos; garantia de dois intervalos de trinta minutos cada para mães adotantes de crianças com idade inferior a 12 meses e, em caso de gêmeos, dois intervalos de uma hora cada.

A respeito das responsabilidades familiares, ambicionam o abono de faltas e saídas, ou permissão de ausência não remunerada com possibilidade de compensação posterior, para acompanhamento de cônjuge ou dependentes em atendimento, consulta ou tratamento médico, internação hospitalar ou alta médica; coincidência de folgas e férias entre cônjuges que trabalhem na mesma empresa; concessão de folga no dia do aniversário do trabalhador, do cônjuge e dos filhos. Desejam auxílios para gastos com a educação de dependentes, como empréstimo ou reembolso de despesas efetuadas com matrícula, uniforme, taxas e material escolar dos filhos e dependentes dos trabalhadores, da pré-escola até o ensino médio, com periodicidade anual; desconto ou gratuidade das mensalidades para filhos de professores, nos estabelecimentos de ensino em que lecionam; compromisso das empresas em estabelecer convênio com fornecedores para compra de material escolar, fornecimento de kit material escolar; benefícios diretos de “salário-educação”. Requerem assistência médico-hospitalar, odontológica e psicológica, com ou sem

coparticipação; extensão da assistência médico-hospitalar aos dependentes de trabalhadores em situações adversas, como afastamento pelo INSS, demissão ou falecimento; concessão de subsídios para despesas com medicamentos e aparelhos corretivos ortodônticos, oftalmológicos e próteses aos dependentes dos trabalhadores. Suspiram auxílio-dependente ao trabalhador casado, extensivo às viúvas, arrimos de família, mães solteiras e mães separadas com dependentes de até 18 anos e garantia de pagamento do auxílio-natalidade, quando devido.

No que diz com as necessidades específicas das mulheres no ambiente de trabalho, debatem a limitação da prorrogação da jornada de gestantes e de mães com filhos em creche ou com idade inferior a sete anos. Desejam também a igualdade de condições e direitos entre o trabalho noturno feminino e masculino. Exigem o direito feminino de exercer sua atividade sentada, quando tal for compatível com as tarefas a serem realizadas; que as empresas que adotarem sistema de revista aos empregados disponham de local adequado e pessoa do mesmo sexo para tanto; a coibição de práticas de assédio moral e sexual mediante criação de instâncias internas para apuração de denúncias e a efetiva punição de empregados que comprovadamente o praticarem, além de orientação psicológica às vítimas e promoção regular de palestras e campanhas de conscientização contra a prática de assédio sexual e moral. Ambicionam, ademais, a manutenção em enfermaria ou em caixa de primeiros socorros de absorventes higiênicos para ocorrências emergenciais nas empresas que empregam mão de obra feminina e o fornecimento ou substituição, sempre que necessário, de sapatos e meias por parte das empresas que exigirem das trabalhadoras o uso desses itens específicos.

Não abrem mão as trabalhadoras do direito de acesso e exercício do trabalho mediante a garantia de formação e aperfeiçoamento profissional com investimentos e melhorias nas condições para o aprendizado e no nível dos conteúdos e programas de formação especializada nas entidades do Sistema S (SESI, SENAI, IEL, SESC, SENAC, SEST, SENAT, SENAR e SESCOOP).⁸

⁸ SESI (*Serviço Social da Indústria*) – promove a melhoria da qualidade de vida do trabalhador e de seus dependentes por meio de ações em educação, saúde e lazer. SENAI (*Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial*) – educação profissional e aprendizagem industrial; prestação de serviços de assistência técnica e tecnológica às empresas industriais.

IEL (*Instituto Euvaldo Lodi*) – capacitação empresarial e do apoio à pesquisa e à inovação tecnológica para o desenvolvimento da indústria.

SESC (*Serviço Social do Comércio*) – promoção da qualidade de vida dos trabalhadores do setor de comércio e serviços.

Atinente à saúde da mulher pugnam por apoio à prevenção da neoplasia mediante custeio de consultas e/ou exames preventivos de câncer ginecológico e de mama e a liberação de um dia por ano, sem prejuízo do salário, para realização desses exames, além de institucionalização da Semana da Saúde da Mulher organizada pelas empresas em conjunto com os sindicatos. Lutam pela estabilidade no emprego para trabalhadoras que vivem com HIV; reembolso das despesas com aquisição de medicamentos de uso continuado para tratamento de AIDS; remanejamento ou a reinserção de trabalhadoras soropositivas; vedação à empresa de exigência da realização de exames para detecção do vírus, assim como a inclusão do tema na Semana Interna de Prevenção de Acidentes (SIPAT); compromisso da empresa e do sindicato laboral em contribuir com recursos bastantes para promoção de campanhas educativas e política global de prevenção à síndrome e acompanhamento de trabalhadores vivendo com HIV/AIDS. Postulam ampliação do período da licença-aborto prevista em lei para até 30 dias e estabilidade de até 180 dias no emprego para trabalhadoras que tenham sofrido aborto não criminoso.

Especificamente referente à equidade de gênero, solicitam igualdade de oportunidade em processos seletivos; garantia de acesso da mulher ao trabalho, independentemente de sua idade; política de transparência com relação aos direitos das mulheres; e política de compensação em favor de mulheres e negros em situação de empate em processo seletivo interno para cargo de confiança.

4 Obsolescência legal e novos paradigmas. A parentalidade

4.1 A obsolescência da lei brasileira frente aos novos paradigmas mundiais sobre os direitos e deveres de homens e mulheres

Hoje contando 70 anos desde sua promulgação, a consolidação da legislação trabalhista brasileira – CLT “adotou, desde sua formulação, uma posição protecionista em relação às mulheres

SENAC (Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial) – educação profissional para trabalhadores do setor de comércio e serviços.

SEST (Serviço Social de Transportes) – promoção da qualidade de vida dos trabalhadores do setor dos transportes.

SENAT (Serviço Nacional de Aprendizagem em Transportes) – educação profissional para trabalhadores do setor de transportes.

SENAR (Serviço Nacional de Aprendizagem Rural) – educação profissional para trabalhadores rurais.

SESCOOP (Serviço Nacional de Aprendizagem do Cooperativismo) – aprimoramento e desenvolvimento das cooperativas e capacitação profissional dos cooperados para exercerem funções técnicas e administrativas.

trabalhadoras" (BRUSCHINI, 2008, p. 47). Fundamentada no ideal de família patriarcal chefiada pelo homem e objetivando proteger o papel de mãe da mulher trabalhadora, baseava-se em princípios como a fragilidade feminina e a natural vocação da mulher para os afazeres do lar. Com tais premissas, impôs uma série de restrições ao trabalho feminino, a exemplo da proibição do trabalho noturno e do insalubre, não obstante tenha sido inovadora ao instituir a licença-maternidade sem prejuízo do emprego e do salário integral, o direito de mudar de função durante a gestação e voltar à mesma função após o parto, o direito a um local adequado e a intervalos para a amamentação do recém-nascido e a obrigatoriedade de instalação de creche no local de trabalho.

Além disso, é importante destacar que, ao proteger o papel de mãe exercido pela mulher trabalhadora, a legislação trabalhista tem reforçado os papéis de gênero homem/provedor e mulher/cuidadora, contribuindo, assim, para que a carga dos cuidados seja atribuída exclusivamente às mulheres. Desse modo, opera por perpetuar a nociva divisão sexual do trabalho.

Eliminado o protecionismo que impunha restrições ao trabalho das mulheres, a CLT teve ratificada pela Constituição Federal de 1988 a maior parte dos direitos. Outros foram incluídos, tais como a licença-paternidade e a assistência aos filhos e dependentes em creches e pré-escolas. Atualmente, a legislação trabalhista brasileira dispõe de uma série de dispositivos que protegem as mulheres contra a discriminação no mercado de trabalho, além de lhes garantir direitos específicos às suas condições biológicas.

Acolhendo reivindicações das mulheres e movimentos sociais feministas, a Constituição de 1988 eliminou em parte o exacerbado protecionismo que impunha restrições ao trabalho feminino, como a proibição do trabalho noturno, perigoso ou insalubre. Por outro lado, abrigando as evidentes diferenças biológicas entre os sexos e elevando a maternidade ao status de função social, propôs-se a tentar contrabalancear o desequilíbrio a fim de promover a necessária isonomia, inspirando o processo legislativo. Desde então, algumas alterações foram introduzidas na CLT, visando adequá-la aos novos paradigmas constitucionais e às exigências do mercado de trabalho. Vale aqui destacar a Lei nº 7.855/89, que revogou o art. 387 da CLT, o qual proibia o trabalho da mulher nos subterrâneos, nas minerações em subsolo, nas pedreiras e obras de construção pública ou particular ou nas atividades especificadas como perigosas ou insalubres, e cassou o art. 446, que facultava ao marido pleitear a rescisão do contrato de trabalho da mulher sob argumento de constituir-se em ameaça aos víni-

culos da família; a Lei nº 9.799/99, que introduziu na CLT regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho; e a Lei nº 10.421/2002, que incorporou adequações relativas às regras de proteção à maternidade.

Outra modificação inserida decorreu da Lei nº 10.244/2001, que veio a assegurar às mulheres o direito à realização de horas extras, revogando assim o artigo 376 da CLT, que proibia discriminatoriamente essa prática, embora na prática ela já ocorresse. Quanto a esse ponto, é de se questionar se essa lei representa efetivo avanço ou retrocesso no que respeita à conciliação entre o trabalho produtivo e os encargos familiares. É evidente que o tratamento igualitário configura prestígio ao Princípio da Isonomia. Todavia, na medida em que foi expressamente revogada a proibição da jornada extraordinária das mulheres, resta-lhes o correlato dever de cumpri-las, quando exigidas pelo empregador, na forma prevista nos artigos 59 e 61 da consolidação.⁹ E, nessas circunstâncias, a alteração legislativa acaba por contrariar as expressas indicações da Convenção 156 e da Recomendação 165 da OIT no sentido de buscar continuamente a redução progressiva da duração da jornada de trabalho e redução das horas extraordinárias.

No entanto, ainda persistem na CLT algumas disposições que não guardam coerência com as premissas dos novos tempos e, portanto, necessitam de correção para melhor conformação aos ditames da Constituição Federal. O parágrafo único do art. 372 mantém conteúdo altamente discriminatório por excluir do labor feminino a especial proteção do trabalho da mulher prevista no Título III, Capítulo III da consolidação, ao dispor que o trabalho nas oficinas onde laborem exclusivamente pessoas da família da mulher não é regido pelos dispositivos a que se refere esse artigo, estando ela sob a direção do esposo, do pai, da mãe, do tutor ou do filho. Convém que seja revogado nessa parte. O art. 388 abre exceções à proibição prevista no art. 387 da CLT de trabalho da mulher em ambientes subterrâneos, pedreiras e obras de construção ou em condições perigosas/insalubres. Todavia, como vimos, o art. 387 foi expressamente revogado pela Lei nº 7.855/89, não subsistindo razão para a permanência das disposições do art. 388.

⁹ “Art. 59 - A duração normal do trabalho poderá ser acrescida de horas suplementares, em número não excedente de 2 (duas), mediante acordo escrito entre empregador e empregado, ou mediante contrato coletivo de trabalho.”

“Art. 61 - Ocorrendo necessidade imperiosa, poderá a duração do trabalho exceder do limite legal ou convencionado, seja para fazer face a motivo de força maior, seja para atender à realização ou conclusão de serviços inadiáveis ou cuja inexecução possa acarretar prejuízo manifesto.”

Outro artigo da CLT que mantém disposição extremamente discriminatória e absolutamente ultrapassada e desconforme aos atuais paradigmas de isonomia é o de nº 792, que, no título dedicado ao processo judiciário do trabalho, estabelece que os empregados com idade entre 18 e 21 anos e as mulheres casadas poderão pleitear perante a Justiça do Trabalho sem a assistência de seus pais, tutores ou maridos. Apesar de fixar a faculdade feminina de recorrer livremente ao Poder Judiciário, tão só a existência de tal dispositivo revela um contexto de diferença de tratamento entre homens e mulheres já sem razão frente ao princípio constitucional da isonomia. Nem mesmo em relação aos jovens maiores de 18 anos se justifica a existência de tal disposição, posto que a partir dessa faixa etária cessa a menoridade, ficando a pessoa habilitada à prática de todos os atos da vida civil, conforme art. 5º da Lei nº 10.406/2002.

Grande discussão verifica-se atualmente acerca da constitucionalidade e da extensão da previsão contida no art. 384 da CLT, segundo o qual, em caso de prorrogação do horário normal, é obrigatória a concessão de período mínimo de 15 minutos para antes do início do trabalho extraordinário. Inserido no capítulo que trata da proteção do trabalho da mulher, parece direcionar seu amparo somente à trabalhadora, não abrangendo o universo dos empregados homens. Seu descumprimento impõe ao empregador o pagamento da jornada extraordinária realizada acrescida do tempo correspondente, segundo o majoritário entendimento jurisprudencial.

Todavia, ainda vacilam tanto a jurisprudência quanto a doutrina acerca da constitucionalidade dessa disposição, ante os princípios da isonomia e da não discriminação de gênero insculpidos nos arts. 5º, I, e 7º, XXX, da CF/88. Ora o têm por tacitamente revogado em face das disposições constitucionais que asseguram igualdade de direitos e deveres entre homem e mulher, ora declararam sua recepção pela ordem constitucional vigente em consideração à inquestionável diferença física entre eles existente. É este, aliás, o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, que afirmou que o art. 384 da CLT possui natureza de norma afeta à medicina e segurança do trabalho e, portanto, indisponível.

A resolução final acerca da constitucionalidade pende de julgamento no STF. Entretanto, a par dessa discussão, perquire-se se efetivamente o referido dispositivo encerra benefício ou discrimen para elas, eis que capaz de gerar para o empregador desinteresse na contratação de mulheres ante os custos decorrentes.

O artigo 384 da CLT, visto nos dias atuais, discrimina uma diferença onde ela não mais existe. Pelo contrário, com o intuito de inclusão, o artigo pode voltar a segregar a contratação de mulhe-

res no mercado de trabalho, já que na visão do empregador a existência de intervalo exclusivo às trabalhadoras, não extensivo aos empregados homens, pode representar um inconveniente e um gasto extra na contratação daquelas (OLIVEIRA, 2013, p. 60).

A solução parece estar na extensão do alcance da regra também aos homens. Ora, se ao limitar a jornada de trabalho em oito horas diárias ou 44 semanais o fez a CLT com o objetivo de preservar a saúde, a segurança e a higidez física dos trabalhadores, evidenciou que o trabalho torna-se desgastante ao ponto de afetar a saúde do trabalhador, quando ultrapassado esse turno. Assim para o homem como para a mulher. Daí a instituição do gozo obrigatório de intervalo intrajornada visando proporcionar ao obreiro condições físicas e psíquicas de concluir salubremente sua obrigação laboral diária. De modo análogo, se a extensão da jornada para o sobrelabor requer dedicação extra dos trabalhadores de ambos os sexos e pressupõe a realização prévia de semijornada em carga de tempo máximo limitado por lei, resta inarredável a conclusão pela necessidade de novo intervalo intrajornada, por imperativo de saúde ocupacional.

Logo, em lugar de revogar o art. 384 da CLT, o que prejudicaria direitos de toda a classe trabalhadora, ou de declará-lo específico para a trabalhadora mulher, o que culminaria em censurável discriminação de gênero, melhor logro seria a ampliação de sua abrangência de modo a deferir o tempo de descanso para o trabalhador homem que necessite realizar horas extras. Ao julgar o tema no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, o ministro Barros Levenhagen consignou entendimento nesse sentido aduzindo que, em face do necessário prestígio ao Princípio Constitucional da Isonomia, é preciso estender aos homens o mesmo direito reconhecido às mulheres, e não o usar como fundamento para extinguir ou negar o direito previsto no artigo 384 da CLT.

A própria Constituição Federal apresenta pontos que carecem de evolução conceitual para albergar outras formas de arranjo familiar igualmente merecedoras da proteção estatal, a exemplo das uniões homoafetivas, socioafetivas, entre outras. O problema está em que o art. 226 que concede a especial proteção do Estado à família, assumida como a base da sociedade, parte da premissa do agrupamento familiar decorrente do casamento oficial. Não obstante, reconhece a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, para efeito da proteção do Estado (§ 3º). E mais, acolhe também como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (§ 4º).

Porém, é inegável que são numerosos e vastamente verificados em nossa sociedade os novos arranjos familiares decorrentes

de uniões entre cidadãos de mesmo sexo ou da associação parental ou maternal com dependentes que não lhes são ligados por laços biológicos, tampouco por adoção formal. Esses grupos representam, como todos os demais, força de trabalho com responsabilidades familiares que, igualmente, carecem de apoio e condições de conciliação de suas responsabilidades produtivas e reprodutivas. Merece, pois, a própria Carta Magna adequação ao cenário social atual de modo a abrigar essas formas de composição familiar.

Sem dúvidas, o fato de o casamento formal deixar de ser o critério legal de reconhecimento da família para abarcar os núcleos familiares formados por união estável entre homem e mulher e as comunidades formadas por quaisquer dos pais e seus descendentes configura avanço em matéria de proteção social dos agregados formados por pessoas que voluntária e afetivamente decidiram coabitar e compartilhar sua vida privada. E, em coerência a essa mesma diretriz, não há razão para não expandir a noção de família para além do casal heterossexual com filhos e agasalhar sob o manto da proteção estatal as múltiplas estruturas e arranjos familiares, como os lares monoparentais, os formados por casais homossexuais, os resultantes de uniões socioafetivas, entre outros arranjos.

4.2 Parentalidade

A ampliação do período das licenças maternidade e paternidade configura um dos mais relevantes aspectos para a promoção da conciliação entre trabalho e família, especialmente nos lares onde as responsabilidades familiares fundamentais mais impactantes estão relacionadas à prole de natividade recente. É o instrumento apto a aproximar pais e mães de seus bebês, oportunizando o exercício do direito e do dever de cuidado. A Recomendação 165 traz consignação no sentido de que é salutar que a mãe ou pai tenham a possibilidade de obter uma licença parental durante um período imediatamente posterior à licença-maternidade, conservando seu emprego e os direitos que dele derivam. Para tanto, é necessária uma mudança de perspectiva que incorpore o conceito de parentalidade, com a adoção e regulamentação da licença parental.

Parentalidade é um conceito que se refere ao direito e ao dever de ambos os membros do casal em relação ao convívio e aos cuidados para com seus filhos e filhas, bem como em relação aos seus pais idosos. Essa noção gera a oportunidade aos pais de assumirem, conjuntamente com as mães, maiores responsabilidades na criação dos filhos e com eles construir uma relação afetiva mais estreita e saudável, de tal modo que promova melhor integração

familiar e permita que homens e mulheres possam ter iguais oportunidades em todos os aspectos da vida pública e privada. De maneira ainda mais abrangente, o conceito de relações compartilhadas busca superar a artificial divisão de papéis de gênero imposta por uma cultura arraigada a antigos paradigmas sociais já não condizentes com o atual estágio de autocompreensão humana enquanto indivíduos e enquanto sociedade, propondo que homens e mulheres compartilhem a responsabilidade pelos cuidados e educação dos filhos, bem como pelos encargos domésticos.

Atentos aos evidentes benefícios que a adoção dessa ideia é capaz de gerar para as famílias e para a sociedade, os movimentos sindicais têm reivindicado a ampliação da licença-paternidade para seis meses a iniciar após o retorno da mãe ao trabalho (CUT, 2010). Esse benefício seria capaz de garantir mais longo período de cuidados parentais exclusivos com o bebê em um estágio especial de sua formação biopsicossocial, além de proporcionar condições para o exercício compartilhado das responsabilidades familiares. É fundamental compreender que as licenças maternidade e paternidade são diretos fundamentais da criança. Nesse sentido, a ampliação da licença-paternidade com equiparidade em relação à licença-maternidade configura garantia de igualdade de direitos entre homens e mulheres no campo reprodutivo e garantia à criança do direito à proteção integral prevista na Constituição e preconizada no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90).

É certo que as Convenções são implementadas nos países por meio de sua ratificação e consequente adaptação da legislação nacional. Todavia, além de ensejar processos de adequação da legislação, as normas internacionais, ainda que não tenham sido ratificadas, fornecem orientações para a formulação de políticas públicas e servem como fonte de inspiração para práticas inovadoras no âmbito da gestão das empresas e como modelos para os acordos coletivos. Vimos que vários foram os avanços alcançados no Brasil por meio das negociações coletivas inspiradas nos preceitos da Convenção 156 da OIT. Também motivado no princípio da Igualdade de Oportunidade e de Tratamento entre Gêneros, o processo legislativo nacional tem apresentado avanços, como a já citada Lei nº 11.770/2008, que ampliou a licença-maternidade para 180 dias. Assim, igualmente, há outros projetos de lei movidos pelo intuito de proporcionar no cenário brasileiro a almejada igualdade de no que tange ao universo produtivo.

Os anseios da sociedade a esse respeito têm alcançado os representantes do povo nas casas legislativas onde algumas propostas tramitam com desiderato de ampliar as licenças maternidade e

paternidade. O Projeto de Lei nº 3.831, de 2012, intenta alterar o inciso II do art. 473 da Consolidação das Leis do Trabalho para ampliar o prazo da licença-paternidade e estender os mesmos benefícios aos casos de adoção. Propõe que o benefício do alargamento da licença-maternidade previsto no Programa Empresa Cidadã seja concedido ao pai, a título de licença-paternidade, no caso de falecimento da mãe em decorrência de complicações ocorridas durante o parto. Também, pretende a licença-paternidade ao pai adotivo solteiro por período de 120 dias se a criança tiver até seis meses de idade. Todavia, a despeito de considerar que a licença parental é relevante instituto que merece ser inserido em nosso ordenamento jurídico, demonstra resistência a sua plena implantação por sopesar que sua concessão possa representar proteção excessiva que pode implicar estímulo à informalidade, em prejuízo ao próprio trabalhador, além de elevação do Custo Brasil, redução da competitividade das empresas, contribuindo para a diminuição dos postos de trabalho.

De modo semelhante, o Projeto de Lei nº 3.445, de 2012, propõe o gozo da licença-paternidade nos termos do art. 392 da CLT, em caso de morte ou incapacidade física ou mental da mãe. Justifica-se no princípio da isonomia, tendo em conta que ambos os genitores são responsáveis pela concretização do direito fundamental à proteção da infância e do princípio da dignidade humana insculpidos na Constituição Federal. Ainda no mesmo sentido labora o PL 3.431/2012, que planeia a ampliação da licença-paternidade para 120 dias, quando o adotante único for homem. A Proposta de Emenda Constitucional nº 30 de 2007 (PEC 30/07) labora no intuito de dar nova redação ao inciso XVIII do art. 7º da Constituição Federal com a finalidade de ampliar o período de licença-maternidade para 180 dias em favor de toda trabalhadora vinculada à iniciativa privada.

Entre tantas outras, uma importante proposta encaminhada ao Congresso Nacional pela Secretaria de Políticas para as Mulheres em dezembro de 2009 apresenta mecanismos destinados a garantir a igualdade entre mulheres e homens e coibir práticas discriminatórias nas relações de trabalho urbano e rural de iniciativa pública ou privada. Intitulado “Lei da Igualdade”, o Projeto de Lei nº 6.653/2009 enfatiza o equilíbrio entre as responsabilidades familiares e profissionais, cria medidas de incentivo às empresas para a adoção de planos de igualdade de gênero e propõe medidas de fiscalização, penalidades e sanções econômicas. Dedica-se a estabelecer direitos, normas, mecanismos e sanções destinados a conferir efetividade ao princípio da igualdade de cidadania estabelecido na Constituição da República.

Amparando-se na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW), na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (CERD), 1966, na III Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e Formas Conexas de Intolerância - Durban (2001), na Convenção 111 da Organização Internacional do Trabalho e demais normas pertinentes à igualdade de cidadania, ratificadas pelo Brasil, o projeto de “Lei da Igualdade” tem por objetivo efetivar na esfera das relações de trabalho o princípio constitucional da igualdade entre mulheres e homens, orientando-se pela ideia de traduzir a declaração de igualdade consagrada nos dispositivos constitucionais em normas infraconstitucionais destinadas a prevenir e coibir quaisquer práticas discriminatórias lesivas à dignidade das mulheres.

Com o presente Projeto de Lei propõem-se regras consideradas fundamentais às garantias de igualdade no mercado de trabalho. Enfatizam-se as medidas pertinentes ao equilíbrio entre as responsabilidades familiares e profissionais, sem o que a igualdade de cidadania jamais se realiza. Cram-se medidas de incentivo às empresas para a adoção de planos de igualdade de gênero. Estabelecem-se regras específicas de prevenção e de punição do assédio sexual e do assédio moral no âmbito das relações de trabalho. Cria-se a Comissão Interna Pró-Igualdade (CIP), aproveitando-se a experiência da CIPA prevista na CLT de 1943. Outras medidas não menos importantes integram a presente proposição tais como as que garantem e ampliam a assistência às trabalhadoras e trabalhadores com relação aos menores sob sua guarda, bem como com relação às pessoas idosas pelas quais respondem, questões da vida familiar que repercutem sobre a vida profissional, dificultando seu pleno desenvolvimento. As medidas de fiscalização, de penalidades e de sanções econômicas justificam-se, pois são fundamentais à garantia de cumprimento das normas propostas.¹⁰

A proposta apresenta louvável avanço em relação ao conceito de família, no capítulo que trata do equilíbrio entre as responsabilidades familiares e profissionais, dispondo que para efeito do previsto no referido capítulo será considerada unidade familiar o conjunto de pessoas que habitam o mesmo domicílio, independentemente dos laços de casamento ou de união estável, bem como de parentesco em linha reta, colateral ou transversal ou por afinidade (art. 13). Com isso amplia a noção constitucional de família, abarcando todo e qualquer tipo de agregado em coabitação.

¹⁰ Projeto de Lei nº 6.653, de 2009 - excerto da Justificação.

Entre os dispositivos de natureza eminentemente trabalhista propostos pelo PL 6.653/2009 (arts. 20, 21, 24, 31, 32, 33, 34, 37, 38 e 39), destacam-se especialmente a instituição do Cadastro de Empregadores Responsáveis por Atos Discriminatórios (CERAD), que sob poder fiscalizador do Ministério do Trabalho e Emprego apresentará rol de empresas que não tenham erradicado práticas discriminatórias detectadas pela fiscalização (art. 24); a determinação para a criação de creches e de instituições destinadas à guarda temporária de pessoas idosas que vivam sob responsabilidade de trabalhadoras e de trabalhadores a serem instaladas e mantidas em corresponsabilidade entre o Estado e os empregadores, visando permitir às empregadas e aos empregados o exercício compartilhado e em igualdade de condições da responsabilidade e do dever de amparo previstos nos artigos 229 e 230 da Constituição da República (arts. 31 e 32); a instituição de Comissão Interna Pró-Igualdade (CIPI) nas empresas de médio e grande porte, composta de representantes da empresa e das empregadas e empregados, que conte no mínimo 50% de mulheres, com competência para promover a igualdade de gênero, o combate às práticas e políticas discriminatórias nas relações e no ambiente de trabalho (art. 34).

As propostas do PL 6.653 representam em grande parte as diretrizes da Convenção 156 e da Recomendação 165 da OIT, embora não sejam essas normas internacionais referências expressas em sua justificação. Peca o projeto apenas em não introduzir proposta objetiva quanto à licença parental.

Não obstante os louváveis esforços parlamentares, o tema da igualdade de oportunidades e tratamento no mercado de trabalho entre homens e mulheres com encargos reprodutivos merece melhor atenção, seja por tomar em consideração os direitos familiares, em especial das crianças e idosos que fazem jus à especial proteção estatal, seja por imprimir a desejável celeridade na tramitação dos projetos que incorporem benefícios aptos a concretizar o Princípio da Isonomia.

Conclusão

O escopo do presente estudo, no sentido de avaliar o cenário justrabalhista nacional à luz do princípio constitucional da isonomia e da igualdade em direitos e obrigações entre homens e mulheres a fim de identificar os avanços socioculturais brasileiros no que tange à igualdade de oportunidades e tratamento para trabalhadores e trabalhadoras com responsabilidades familiares, revelou a convergência parcial da legislação vigente com os princípios e diretrizes erigidos pela Convenção nº 156 e pela Recomendação 165 da OIT.

Por outro lado, descortinou-se um longo rol de pleitos relativos às condições de trabalho almejadas por esse grupo de empregados e empregadas que ainda não encontram amparo em nossa legislação. Anseiam por melhor estrutura de apoio a seus dependentes, mais flexibilidade e disponibilidade de tempo para conciliar as responsabilidades produtivas com a atenção demandada no âmbito familiar e doméstico, proteção contra o esgotamento físico, o assédio e a discriminação. Igualmente aspiram à preservação da saúde da mulher e do nascituro durante a gestação e à conciliação entre o exercício do trabalho e os cuidados necessários à criação e ao acompanhamento dos filhos, sejam a maternidade e a paternidade biológicas, sejam adotivas. Desejam políticas direcionadas à formação profissional da mulher, à prevenção da saúde física e psicológica feminina e à promoção da efetiva equidade de gênero, com vedação de desigualdade salarial e igualdade de oportunidade em processos seletivos.

A ratificação da Convenção nº 156 da OIT pode configurar relevante impulso à adequação legislativa necessária ao acolhimento dos anseios da classe trabalhadora e promover significativo avanço em relação à efetividade dos Direitos Humanos e Sociais em nosso país. Todavia, a despeito do empenho dos grupos representantes da classe trabalhadora e dos órgãos governamentais dedicados à redução das desigualdades no sentido de buscar a ratificação da Convenção nº 156 da OIT, o procedimento respectivo aguarda ainda encaminhamento formal ao Congresso Nacional.

Urge a retomada do debate e do apoio ao prosseguimento do processo de ratificação da Convenção a fim de que sejam implementadas no Brasil as adaptações da legislação que atendam aos clamores da comunidade por uma sociedade realmente justa, fraterna e igualitária.

Referências

- BRUSCHINI, Maria Cristina A. et al.** *Articulação trabalho e família: famílias urbanas de baixa renda e políticas de apoio às trabalhadoras*. São Paulo: FCC/DPE, 2008.
- CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES DO BRASIL.** *Plataforma da CUT para as Eleições 2010: Jornada pelo desenvolvimento com distribuição de renda e valorização do trabalho*. São Paulo: Bangraf, 2010.
- DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS.** *Negociação de cláusulas relativas à equidade de gênero e raça 2007-2009*. Brasília: OIT, 2011.
- FONSECA, Neide A.** *O governo Lula e a Convenção 156 da OIT*. São Paulo: FETEC-CUT, [2008]. Disponível em: <http://www.fetecsp.org.br/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=38823>. Acesso em: 20 mai. 2013.

HIRATA, Helena et al. (orgs.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: UNESP, 2009.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Retrato das desigualdades de gênero e raça*. Brasília, 2011.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. *Plano Nacional de Emprego e Trabalho Decente*. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A2E7311D1012EEE99A2C81F7/Plano%20Nacional%20de%20Emprego%20e%20Trabalho%20Decente%20em%20Portugu%C3%AAs.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2013.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Notas OIT sobre trabajo y familia*. Hoja 7. OIT, 2009a. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp/groups/public/-americas-/rolima/documents/publication/wcms_184716.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2013.

_____. *Notas da OIT: Trabalho e família. Nota 1 Trabalho e responsabilidades familiares: novos enfoques*. Brasília: OIT Brasil, 2009a. Disponível em: <http://www.ilo.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/br_nota_1_695.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2013.

_____. *Notas da OIT: Trabalho e família. Nota 2 - Promoção da igualdade de gênero e políticas de conciliação entre o trabalho e a família*. OIT Brasil, 2009b. Disponível em: <http://www.ilo.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/br_nota_2_696.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2013.

_____. *Notas da OIT: Trabalho e família. Nota 3 - Melhores empresas: locais de trabalho que apoiam a conciliação trabalho-família*. OIT Brasil, 2009c. Disponível em: <http://www.ilo.org.br/sites/default/files/topic/gender/doc/br_nota_3_697.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2013.

_____. *Trabalho e Família: Partilhar é a melhor forma de cuidar*. OIT, 2009b. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp/groups/public/-dgreports/-gender/documents/publication/wcms_10618.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2013.

OLIVEIRA, Fernanda Valadares de. *Interpretação do artigo 384 da CLT e o tratamento igualitário entre homens e mulheres*. *Revista de Direito da ADVOCEF*, Porto Alegre, ano VIII, n. 16, p. 59-69, mai. 2013.

VASCONCELOS, Márcia. *Responsabilidades Familiares*. *Revista do Observatório Brasil da Igualdade de Gênero*, Brasília, 1ª Impressão, p. 36-45, dez. 2009.

PARTE 2

JURISPRUDÊNCIA

Superior Tribunal de Justiça

Direito civil e constitucional. Direito de família. União estável e outorga uxória. ¹

EMENTA OFICIAL

DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. DIREITO DE FAMÍLIA. CONTRATO DE LOCAÇÃO. FIANÇA. FIADEIRA QUE CONVIVIA EM UNIÃO ESTÁVEL. INEXISTÊNCIA DE OUTORGA UXÓRIA. DISPENSA. VALIDADE DA GARANTIA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 332/STJ.

1. Mostra-se de extrema relevância para a construção de uma jurisprudência consistente acerca da disciplina do casamento e da união estável saber, diante das naturais diferenças entre os dois institutos, quais os limites e possibilidades de tratamento jurídico diferenciado entre eles.

2. Toda e qualquer diferença entre casamento e união estável deve ser analisada a partir da dupla concepção do que seja casamento - por um lado, ato jurídico solene do qual decorre uma relação jurídica com efeitos tipificados pelo ordenamento jurídico, e, por outro, uma entidade familiar, dentre várias outras protegidas pela Constituição.

3. Assim, o casamento, tido por entidade familiar, não se difere em nenhum aspecto da união estável - também uma entidade familiar - ,

porquanto não há famílias timbradas como de "segunda classe" pela Constituição Federal de 1988, diferentemente do que ocorria nos diplomas constitucionais e legais superados. Apenas quando se analisa o casamento como ato jurídico formal e solene é que as diferenças entre este e a união estável se fazem visíveis, e somente em razão dessas diferenças entre casamento - ato jurídico - e união estável é que o tratamento legal ou jurisprudencial diferenciado se justifica.

4. A exigência de outorga uxória a determinados negócios jurídicos transita exatamente por este aspecto em que o tratamento diferenciado entre casamento e união estável é justificável. É por intermédio do ato jurídico cartório e solene do casamento que se presume a publicidade do estado civil dos contratantes, de modo que, em sendo eles conviventes em união estável, hão de ser dispensadas as vénias conjugais para a concessão de fiança.

5. Desse modo, não é nula nem anulável a fiança prestada por fia-dor convivente em união estável sem a outorga uxória do outro com-

¹ Disponível em: <<https://www2.stj.jus.br/websecstj/revistaeletronica/ita.asp?registro=201103122556>> Acesso em: 02 abr. 2014.

panheiro. Não incidência da Súmula n. 332/STJ à união estável.

6. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da QUARTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Raul Araújo (Presidente), Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 25 de fevereiro de 2014 (Data do Julgamento).

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO – Relator.

REsp nº 1.299.894 - DF (2011/0312255-6) - DJe 28.03.2014.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. Esther Costa Rebello opôs embargos do devedor em face de Linea G Empreendimentos de Engenharia, aduzindo que a embargada/exequente firmara contrato de locação de imóvel comercial com Valdemir Ribeiro Martins, figurando como fiadora do mencionado contrato. Diante do inadimplemento das parcelas mensais relativas a dezembro de 2006 a novembro de 2007, a embargada/exequente ajuizou execução contra a fiadora, tendo sido o imóvel residencial desta penhorado como garantia do juízo.

Nos embargos do devedor, a fiadora alegou, fundamentalmente, nulidade da fiança em razão da falta de outorga uxória, pois convivia em união estável com Carlos Levino Vilanova desde 1975.

O Juízo de Direito da 11º Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF rejeitou os embargos, afastando todas as teses de defesa da executada (fls. 159-162).

Porém, a sentença foi reformada em grau de apelação, em razão da falta de outorga do companheiro da executada à fiança por ela prestada:

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRA-JUDICIAL. ENCARGOS LOCATÍCIOS. FIADOR. OUTORGА UXÓRIA. AUSÊNCIA.

1. Tendo sido acatados os embargos de terceiro opostos pelo companheiro da embargante, para declarar nula a fiança por ela prestada, eis que realizada sem a necessária outorga uxória, há de se julgar procedentes os embargos do devedor ora opostos pela fiadora, a fim de excluí-la da execução.
2. Em que pese o Superior Tribunal de Justiça entender não ser cabível à fiadora alegar a nulidade da fiança a que deu causa, ao companheiro é admitida a oposição de embargos de terceiro quando não prestou outorga uxória na fiança prestada por seu par.
3. É nula a fiança prestada sem a outorga uxória do cônjuge/companheiro da fiadora.
4. Recurso provido (fl. 214).

Opostos embargos de declaração (fls. 226-228), foram rejeitados (fls. 231-236).

Sobreveio recurso especial apoiado na alínea "c" do permissivo constitucional, no qual alegou a recorrente a validade da fiança recebida sem outorgа uxória, por quanto seria impossível o credor saber que a fiadora vivia em união estável com seu companheiro.

A recorrente sustentou, ainda, que a fiadora, no contrato levado a juízo, deve responder pelas dívidas de locação até a efetiva entrega das chaves, tal como previsto no contrato.

Contra-arrazoado (fls. 284-304), o especial foi admitido (fls. 306-308).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. A controvérsia analisada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, e que foi devolvida a esta Corte, consiste em saber se é válida a fiança prestada durante união estável, sem a outorgа do outro companheiro.

Registro o teor da Súmula n. 332/STJ, editada depois de vários precedentes que analisaram a questão - sempre no âmbito do casamento:

Súmula n. 332: A fiança prestada sem autorização de um dos cônjuges implica a ineficácia total da garantia.

3. De fato, já é conhecida a posição defendida pela majoritária

doutrina - e por mim abraçada em mais de uma oportunidade nesta Casa - acerca da inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002, seja porque confere tratamento diferenciado entre casamento e união estável em matéria na qual se mostra injustificável tal distinção, seja porque, a propósito de disciplinar de modo diverso os dois institutos, acaba, de forma canhestra, conferido tratamento discriminatório aos filhos, a depender se são nascidos de casamento ou de união estável, o que conflita frontalmente com o art. 227, § 6º, da Constituição Federal.

O tema já foi submetido à Corte Especial, mas esta não conheceu do incidente por questões formais de admissibilidade (AI no REsp 1135354/PB, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, julgado em 03/10/2012).

Posteriormente, outros dois recursos foram afetados para a Corte Especial: AI no REsp 1291636/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 11/06/2013; AI no REsp 1318249/GO, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 11/06/2013, que pendem de julgamento.

O tema recebeu crivo positivo de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal:

UNIÃO ESTÁVEL – COMPANHEIROS – SUCESSÃO – ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL – COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL ASSENTADA NA ORIGEM – RECUR-

SO EXTRAORDINÁRIO – REPERCUSSÃO GERAL CONFIGURADA. Possui repercussão geral a controvérsia acerca do alcance do artigo 226 da Constituição Federal, nas hipóteses de sucessão em união estável homoafetiva, ante a limitação contida no artigo 1.790 do Código Civil (RE 646721 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 10/11/2011).

3.1. Nessa esteira, cumpre para logo ressaltar, todavia, que nunca foi afirmada a completa e inexorável coincidência entre os institutos da união estável e do casamento.

Na verdade, apenas se afirmou que não há superioridade familiar do casamento ou predileção constitucional por este.

Nesse ponto, é bem verdade que, parte da doutrina – no que foi seguida, em alguma medida, pela jurisprudência – tenta justificar eventual tratamento diferenciado dado às uniões estáveis, comparativamente ao casamento, acentuando-se a parte final do art. 226, § 3º, da Constituição Federal, *verbis*:

Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Afirma-se que união estável e casamento são entidades distintas, pois, caso se tratassem de entidades idênticas, não teria a Constituição previsto a possibilidade de conversão da união estável em casamento.

O mencionado dispositivo constitucional, segundo penso, consubstancia apenas uma fórmula de facilitação da conversão. A união estável pode – se assim desejarem os conviventes – converter-se em casamento. Cuida-se de comando direcionado ao legislador ordinário e aos agentes públicos para que, se for o desejo dos companheiros, não embarquem a conversão da união estável em casamento.

Penso que a parte final do § 3º do art. 226 da CF/1988 é simples constatação de que, natural e faticamente, em razão da informalidade dos vínculos, a união estável é mais fragilizada que o casamento e, por isso mesmo, propicia menos segurança aos conviventes.

Assim, é tão somente em razão da natural insegurança e fragilidade dos vínculos existentes na união estável, que a lei deve facilitar sua conversão em casamento, ciente o constituinte originário que é pelo casamento que o Estado melhor protege a família.

3.2. Na verdade, o que se mostra relevante para a construção de uma jurisprudência consistente acerca do tema é saber, diante das naturais diferenças entre os dois institutos, quais os limites e possibilidades de tratamento jurídico diferenciado entre eles, o que já foi por mim manifestado em voto proferido na citada AI no REsp 1.135.354/PB.

Nesse passo, toda e qualquer diferença entre casamento e união

estável deve ser analisada a partir da **dupla concepção do que seja casamento** - por um lado, **ato jurídico solene** do qual decorre uma relação jurídica com efeitos tipificados pelo ordenamento jurídico, e, por outro, uma **entidade familiar**, dentre várias outras protegidas pela Constituição.

No ponto, evidentemente a Constituição Federal não toma, em metonímia, a causa pelo efeito e não mistura a proteção especial conferida à família resultante do casamento com o ato solene "casamento civil", cuja celebração é gratuita (art. 226, § 1º).

Assim, caso se queira confrontar casamento e união estável, é de se ter em vista, por primeiro, em qual seara se está a caminhar, se no âmbito das relações familiares ou se nos efeitos jurídicos decorrentes exclusivamente do ato cartorário chamado "casamento civil".

Portanto, o casamento, tido por entidade familiar, não se difere em nenhum aspecto da união estável - também uma entidade familiar -, por quanto não há famílias timbradas como de "segunda classe" pela Constituição Federal de 1988, diferentemente do que ocorria nos diplomas constitucionais e legais superados. Apenas quando se analisa o casamento como ato jurídico formal e solene é que as diferenças entre este e a união estável se fazem visíveis, e somente em razão dessas diferenças entre casamento - ato jurídico - e união estável é que o tratamento legal ou jurisprudencial diferenciado se justifica.

De fato - sem que se pretenda enumerar à exaustão -, são vários os casos em que os efeitos decorrentes do instrumento formal do casamento justificam o tratamento distinto entre ele e a união estável.

São hipóteses que decorrem diretamente da solenidade e da publicidade do ato jurídico, atributos que parecem ser, "aos olhos do legislador, a forma de assegurar a terceiros interessados a ciência quanto a regime de bens, estatuto pessoal, patrimônio sucessório e assim por diante" (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 409-410).

Assim, se alguém pretender negociar com pessoas casadas, é imperioso que saiba o regime de bens e, eventualmente, a projeção da negociação no patrimônio do consorte; a outorga uxória para a prestação de fiança também é hipótese que demanda "absoluta certeza, por parte dos interessados, quanto à disciplina dos bens vigente, segurança que só se obtém pelo ato solene do casamento" (TEPEDINO, Gustavo. *Ibidem*).

4. Um dos paradigmas colacionados para o confronto - o qual, adiante-se, julgo apto à comprovação do dissídio - fornece bem a visão prática do que ora se afirma. Entendeu o julgado ser válida a hipoteca dada por um companheiro sem a outorga do outro (REsp 952141/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/06/2007, DJ 01/08/2007).

O saudoso relator afirmou:

Era impossível que o banco exigisse do devedor a “outorga uxória”, ou ato que o valha, pois não tinha como saber da existência da união estável.

Ora, garantir à recorrida o direito à meação é legitimar a atitude condenável de seu companheiro, que omitiu a existência da união estável.

A má-fé do devedor não pode prejudicar o credor, especialmente se este último não tem como se proteger.

[...]

A se admitir que a recorrida ponha a salvo sua meação, em prejuízo do banco recorrente, estaríamos estimulando a conduta desleal do devedor.

A possibilidade de fraudes seria enorme, até porque não é possível que o credor tenha ciência inequívoca da situação de fato em que se envolve o devedor.

A existência da união estável, embora tenha repercussão jurídica, é um fato da vida. Não há exigência de que seja registrada para que exista!

Com efeito, voltando ao exame do caso em julgamento, a exigência de outorga uxória a determinados negócios jurídicos transita exatamente por aquele aspecto em que o tratamento diferenciado entre casamento e união estável se justifica. É por intermédio do ato jurídico cartorário e solene do casamento que se presume a publicidade do estado civil dos contratantes, de modo que, em sendo eles conviventes em união estável, hão

de ser dispensadas as vêniás conjugais para a concessão de fiança.

Na mesma linha, não parece nula nem anulável a fiança prestada por fiador convivente em união estável, sem a outorga uxória do outro companheiro.

De resto, a celebração de escritura pública entre os consortes não afasta essa conclusão, por quanto não é ela própria o ato constitutivo da união estável. Presta-se apenas como prova relativa de uma união fática, que não se sabe ao certo quando começa nem quando termina.

Ademais, por não alterar o estado civil dos conviventes, para que dela tivesse conhecimento, o contratante deveria percorrer todos os cartórios de notas do Brasil, o que se mostra inviável e inexigível.

5. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial para, julgando válida a fiança prestada, rejeitar os embargos do devedor.

Por consequência, condeno o embargante/recorrida ao pagamento de custas processuais e honorários de advogado, os quais ora fixo em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), com base no art. 20, § 4º, do CPC.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA: Sr. Presidente, do mesmo modo, cumprimento o Sr. Ministro Relator e subscrevo integralmente o voto de S. Exa.

DOU PROVIMENTO ao recurso especial.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Quarta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Raul Araújo (Presidente), Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Superior Tribunal de Justiça

Ação rescisória. Fraude à execução. Insolvência do devedor. Presunção relativa à luz do art. 593, II, CPC. Ônus da prova.¹

EMENTA OFICIAL

AÇÃO RESCISÓRIA. DOCUMENTO NOVO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. DOLO DA PARTE VENCEDORA. RECONHECIMENTO. AÇÃO RESCISÓRIA JULGADA PROCEDENTE. REJULGAMENTO DO RECURSO. FRAUDE À EXECUÇÃO. INSOLVÊNCIA DO DEVEDOR. PRESUNÇÃO RELATIVA À LUZ DO ART. 593, II, CPC. ÔNUS DA PROVA. ACÓRDÃO RECORRIDO ASSENTADO NA AUSÊNCIA DE PROVA DA SOLVÊNCIA DO DEVEDOR. CORRETA APLICAÇÃO DO ART. 593, II, DO CPC.

1. A dicção do inciso VII do art. 485 do CPC induz a que o documento novo apto a aparelhar a ação rescisória há de ser preexistente à decisão rescindenda, mas ignorado pelo interessado ou impossível de obtenção para utilização no processo e capaz, por si só, de assegurar-lhe pronunciamento favorável.

2. Configura o dolo processual previsto no inciso III do art. 485 do CPC a violação voluntária pela parte vencedora do dever de veracidade previsto no art. 17, II, CPC, que induza o julgador a proferir decisão reconhecendo-lhe um falso direito.

3. A presunção de fraude estabelecida pelo inciso II do art. 593 do CPC beneficia o autor ou exequente, transferindo à parte contrária o ônus da prova da não ocorrência dos pressupostos caracterizadores da fraude de execução. Precedente da Segunda Seção: AR n. 3.307/SP.

4. Tendo as instâncias ordinárias reconhecido a ausência de prova de solvência do executado que alienou bem imóvel após sua citação válida em processo executivo, correto o reconhecimento da fraude à execução.

5. Ação rescisória julgada procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, julgou procedente a ação rescisória para, desconstituindo a decisão rescindenda, prover o Agravo de Instrumento nº 516.677/RJ e conhecer e negar provimento ao recurso especial, nos termos do

¹ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1296864&num_registro=200701407763&data=20140310&formato=PDF> Acesso em: 27 mar. 2014.

voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sidnei Beneti (Revisor), Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi e Nancy Andrichi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 12 de fevereiro de 2014(Data do Julgamento).

MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA – Relator.

AR nº 3.785 - RJ (2007/0140776-3) – Dje 10.03.2014.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA:

Trata-se de ação rescisória ajuizada por MILTON DE SOUZA LIMA NETO com o objetivo de desconstituir decisão monocrática do Ministro Humberto Gomes de Barros proferida no Agravo de Instrumento n. 516.677/RJ, que afastou a fraude à execução reconhecida pelas instâncias ordinárias e considerou válida a alienação da Fazenda Nossa Senhora da Piedade.

O pedido vem alicerçado nos incisos III e VII do art. 485 do CPC, que tratam, respectivamente, das hipóteses de decisão resultante de dolo da parte vencedora e de documento novo agora obtido que asseguraria à parte autora pronunciamento favorável na decisão rescindenda.

Afirma-se que o autor, em 8.5.1997, propusera ação de execução em desfavor do requerido para cobrança do valor de R\$ 70.545,89, amparada em nota promissória, tendo a citação ocorrido em

30.5.1997. Aduz que, em 5.3.1998, o executado alienou a seus filhos o imóvel denominado Fazenda Nossa Senhora da Piedade pelo preço de R\$ 70.300,00, conforme escritura levada a registro em 9.3.1998.

No curso da execução, foram penhorados dois imóveis - Fazenda Val de Palmas e Fazenda Nossa Senhora da Piedade - em 5.4.1998, tendo o Oficial de Justiça avaliador atribuído a cada fazenda o valor de R\$ 200.000,00.

O juízo entendeu caracterizada a fraude à execução, decisão esta mantida em sede de agravo de instrumento interposto pelo ora requerido, mas reformada pela decisão rescindenda, proferida pelo Ministro Humberto Gomes de Barros no Ag n. 516.677/RJ, ao fundamento de que a venda impugnada não levava o devedor à insolvência, na medida em que existiria o outro imóvel garantindo a execução.

O autor alega que, depois da decisão rescindenda, ao verificar a situação do imóvel remanescente, constatou que estava gravado em hipoteca ao Banco do Brasil S/A, por créditos decorrentes de quatro cédulas rurais. Foi, então, que obteve o Ofício Suporte 2007/053, de 2.4.2007, endereçado ao juízo da execução, com a informação de que o débito do ora requerido para com o banco, em 28.2.1998, era de R\$ 455.386,72.

Alega que se trata de documento novo a ensejar a presente ação rescisória, do qual não pôde fazer uso antes porque o Banco do Brasil S/A não era parte no processo e

mantinha sigilo bancário, além do fato de o devedor utilizar dois números de CPF diferentes. Todavia, sustenta que o documento lhe asseguraria resultado diverso na demanda de origem, na medida em que comprova que a alienação do bem levou o devedor à insolvência.

Alega, ainda, que o requerido obrou com dolo para enganar os julgadores ao esconder a dívida que tinha com o Banco do Brasil S/A, cujo montante era superior aos bens existentes em seu patrimônio.

Requer a procedência da ação rescisória a fim de cassar a decisão rescindenda e julgar novamente o agravo de instrumento, negando-lhe provimento para manter íntegro o acórdão da 6ª Câmara Cível do TJ/RJ prolatado no Agravo de Instrumento n. 2002-002-7556.

Citado, o requerido contestou o feito, questionando o cabimento da ação rescisória. A uma, porque o documento apresentado pelo autor não se configuraria como “documento novo” a que alude o inciso VII do art. 485 do CPC, dado que emitido posteriormente à decisão rescindenda. A duas, porque não se configura dolo processual a omissão sobre circunstância favorável ao adversário.

Determinada a especificação de provas, as partes consideraram suficientes aquelas já constantes dos autos.

Foram oferecidas alegações finais pelo autor (e-STJ, fls. 446/454) e pelo requerido (e-STJ, fls. 472/474). Após, os autos foram enca-

minhados ao Ministério Pùblico Federal, que se manifestou pela procedência do pedido (e-STJ, fls. 477/487).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (Relator):

A presente ação rescisória visa desconstituir decisão monocrática do Ministro Humberto Gomes de Barros que afastou fraude à execução reconhecida nas instâncias ordinárias com base na seguinte fundamentação:

“A caracterização da fraude de execução prevista no inciso II do Art. 593 do CPC, ressalvadas as hipóteses de constrição legal, reclama a ocorrência de dois pressupostos: a) existência de uma ação em curso, com citação válida; b) estado de insolvência a que, em virtude da alienação ou oneração, teria sido conduzido o devedor.

Sem a comprovação desses requisitos, não se caracteriza a fraude.

Verifico no acórdão recorrido que o valor da execução é de R\$ 70.545,89 e que foram penhoradas duas fazendas no valor de R\$ 200.000,00 cada uma, totalizando R\$ 400.000,00. A venda de uma fazenda não torna o devedor insolvente, pois já existe outra fazenda garantindo a execução. Confira-se a fundamentação do acórdão:

‘A referida execução foi detonada em 08/05/97, procurando ser solvida a importância de R\$ 70.545,89 (...)

Porém, em 06/04/98, o Oficial de Justiça cumpriu Mandado de execução, em que penhorou a Fazenda Val de Palmas, assim como a Fazenda Nossa Senhora da Piedade, valorando cada uma em R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), perfazendo um total de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais), nomeando fiel depositário dos bens o próprio executado' (fl. 17). A Corte Especial, nos EREsp 101.472, de minha relatoria, já decidiu que não há fraude quando a execução já estava garantida por penhora sobre outros bens. Confira-se o seguinte precedente:

'PROCESSUAL. FRAUDE A EXECUÇÃO. INOCORRÊNCIA. PENDÊNCIA DE EXECUÇÃO (CPC, ART. 593, II). INEXISTÊNCIA DE BENS PENHORADOS.

- Não há fraude se a venda malsinada efetivou-se quando a execução já se encontrava segura por penhora incidente sobre outros bens do devedor.'

Conheço do agravo e dou provimento ao recurso especial, para afastar a fraude à execução e considerar válida a alienação da Fazenda Nossa Senhora da Piedade (CPC, Art. 557, § 1-A)."

O autor ampara o pedido rescisório em documento novo, capaz por si só de assegurar-lhe resultado favorável, e na alegação de que o *decisum* resultou de dolo da parte adversa.

Passo à análise, em separado, de cada um dos fundamentos do pedido rescisório.

I - Do alegado documento novo

A decisão rescindenda foi proferida em 8.6.2005, publicada em 23.6.2005 e transitou em julgado em 28.6.2005.

O documento novo colacionado pelo autor consiste no Ofício Suporte 2007/053, de 02.4.2007, do Banco do Brasil S/A, em atendimento à consulta que lhe foi formulada pelo juiz da execução a pedido da parte exequente, com a informação de que o débito do ora requerido para com o banco somava, em 28.2.1998, R\$ 455.386,72.

O autor alega que esse ofício configura o "documento novo" de que trata o inciso VII do art. 485 do CPC, porque não disponível ao tempo da decisão rescindenda e com força suficiente para assegurar-lhe pronunciamento favorável. Sustenta que não pode fazer uso anteriormente dele porque o Banco do Brasil S/A não era parte no processo e mantinha sigilo bancário sobre as operações do devedor. Aduz que o documento propicia a reversão do julgado, na medida em que comprova a insolvência do devedor, situação afastada pela decisão rescindenda e que lhe serviu de fundamento.

Ocorre que o ineditismo do documento a que alude o inciso VII do art. 485 do CPC não significa que seja superveniente, mas sim que não tenha sido produzido no processo de que emanou a decisão cuja revisão se requer. A rigor, a dicção do dispositivo legal induz que o "documento novo" há de ser existente à época da decisão, mas ignorado pelo interessado ou im-

possível de obtenção para utilização no processo.

É o que se colhe da doutrina de Alexandre Freitas Câmara:

"Documento novo, registre-se, não é o documento superveniente. Pelo contrário, o documento *novo* a que se refere o dispositivo legal é, necessária e inevitavelmente, um documento *velho*. Facilmente se conclui assim quando se verifica que fala a lei de um 'documento novo' cuja existência se ignorava. Ora, só se pode ignorar a existência - passe o truismo - do que existe. Assim, só se pode admitir a apresentação de documento novo quando este já existia e, portanto, não é tão novo assim.

A novidade do documento diz respeito ao processo, já que é inédito, não tendo sido produzido no processo original, onde se proferiu a sentença rescindenda." (*Ação Rescisória*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 95-96.)

A jurisprudência do STJ não considera o documento superveniente como "documento novo" a ensejar a rescisão do julgado. Confira-se, a propósito, estes julgados:

"AÇÃO RESCISÓRIA. PETIÇÃO INICIAL. ADITAMENTO. PEDIDO REALIZADO APÓS A CITAÇÃO DOS RÉUS. IMPOSSIBILIDADE. INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO RESCISÓRIA. EXISTÊNCIA DE DECISÃO DE MÉRITO E TRÂNSITO EM JULGADO. OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE. ARTIGO 485, INCISO VII, DO CÓDIGO DE PRO-

CESSO CIVIL. DOCUMENTO NOVO APTO A JUSTIFICAR A RESCISÃO DO JULGADO. INEXISTÊNCIA. AÇÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE.

(....)

V - O documento novo que justifica a instauração da ação rescisória, nos termos do art. 485, inciso VII, do Código de Processo Civil há que ser aquele existente na época da prolação da r. decisão rescindenda, ignorado pelo interessado ou impossível de obtenção à época da utilização no processo. Evidentemente, ele deve ser capaz de fornecer elementos de prova que sejam aptos, por si só, a determinar um pronunciamento judicial diverso daquele anteriormente ofertado. Precedentes.

(....)

VII - Ação Rescisória julgada improcedente." (AR 3179/SP, 2^a Seção, Rel. Ministro Massami Uyeda, DJe 20.10.2011)

"CIVIL. PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. EXAME DE DNA. DOCUMENTO NOVO.

1. Como documento novo, deve-se entender aquele que já existia quando da prolação da sentença, mas cuja existência era ignorada pelo autor da rescisória, ou que dele não pode fazer uso. Hipótese dos autos.

2. Deve ser de tal ordem que, sozinho, seja capaz de modificar o resultado da decisão rescindenda, favorecendo o autor da rescisória.

3. (...)

4. Recurso especial provido." (REsp n. 653.942/MG, Quarta Turma, relator Ministro Honildo Amaral de Mello Castro, De-

sembargador convocado do TJ/AP, DJe de 28.9.2009.)

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 131 E 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. DOCUMENTO NOVO. NÃO CONFIGURAÇÃO. IMPROVIMENTO.

I. (...)

II. Para ensejar ação rescisória (CPC, art. 485, VII), considera-se ‘documento novo’ aquele que já existia à época do julgamento da lide, mas não instruiu o processo em função de impedimentos alheios à vontade do autor.

III. Agravo regimental improviso.” (AgRg no Ag n. 960.654/SP, Quarta Turma, relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJe de 19.5.2008.)

Assim, é de se concluir que o documento apresentado pelo autor não constitui documento novo a ensejar o pedido rescisório.

II - Da alegação de dolo da parte vencedora

Sustenta o autor que a decisão rescindenda resultou de dolo da parte vencedora na medida em que escondeu a existência de dívida para com o Banco do Brasil S/A superior ao valor dos bens existentes em seu patrimônio para, assim, desconfigurar sua insolvência e afastar a fraude à execução. Aduz que o requerido vendeu a fazenda aos filhos, por valor substancialmente inferior àquele pelo qual o imóvel foi avaliado em juízo e que passou a vender lotes da fazenda, atuando como procurador dos filhos, o que evidenciaria que a venda

foi fictícia e somente para livrar o imóvel da constrição.

O requerido, por sua vez, argumenta que não configura dolo processual a omissão a respeito de fatos contrários a si e, nesse sentido, colaciona a doutrina de José Carlos Barbosa Moreira:

“Não se deve ver dolo na simples omissão de prova vantajosa à parte contrária, nem tampouco no silêncio sobre circunstância que favoreça ao adversário. Para verificação da situação legal, o vencedor deverá ter adotado procedimento concreto para intencionalmente obstar a produção de prova útil ao vencido.” (*Comentários ao Código de Processo Civil. Série Forense*, 1ª ed., vol. V, nº 61.)

A possibilidade, acolhida pelo ordenamento jurídico, de desconstituição da coisa julgada decorre do reconhecimento de não ser ela um princípio absoluto, admitindo relativização quando outros princípios da mesma hierarquia, igualmente caros ao sistema, estiverem comprometidos. Para tanto, relacionou o legislador, nos incisos do art. 485 do CPC, casos excepcionais de especial gravidade aptos a ensejar a rescisão do julgado.

Entre eles, no inciso III, está a hipótese de a decisão rescindenda resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida.

A respeito, doutrina e jurisprudência concordam que, aqui, se está a tratar do dolo processual, cujo destinatário não é a parte vencida, mas sim o juiz. O dolo

processual se configura quando a parte, agindo sem observar o dever de lealdade e boa-fé, busca influir no convencimento do julgador, induzindo-o a erro.

A exposição de motivos que acompanhou o Projeto do atual Código de Processo Civil assinala que:

“... posto que o processo civil seja, de sua índole, eminentemente dialético, é reprovável que as partes se sirvam dele, faltando ao dever da verdade, agindo com deslealdade e empregando artifícios fraudulentos; porque tal conduta não se compadece com a dignidade de um instrumento que o Estado põe à disposição dos contendores para atuação do direito e realização da justiça”.

Essas preocupações ético-jurídicas levaram o legislador a expressar ser dever das partes, seus representantes e procuradores “proceder com lealdade e boa-fé” (art. 14, II, CPC), além de armar o juiz com meios destinados a “prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça” (arts. 18, 125, III, 601, CPC).

Como bem salienta RONALDO BRÉTAS DE CARVALHO DIAS, o princípio da veracidade é pedra basilar do sistema processual, estando implícito na regra geral do art. 339, além de vir expresso nos arts. 14, inciso I e 17, inciso II, todos do CPC. Assevera, ainda, que o dever de veracidade adquire particular relevo no campo do processo civil:

“Isso porque a atividade jurisdicional nele instrumentalizada

busca, em primeiro lugar, a descoberta da verdade dos fatos, como pressuposto essencial à reta aplicação do direito, mediante sentença justa. Logo, se é dos fatos que nasce o direito - *ex facto oritur jus* - e são os fatos que as partes devem narrar em juízo, a fim de que o juiz, a partir deles, diga o direito daí emergente, não seria lógico pudessem os litigantes licitamente deturpá-los, falseando-lhes a verdade. Aliás, sob esse enfoque, é de se concluir que o dever de veracidade está implícito em uma das máximas do próprio processo dispositivo, isto é, *da mihi factum* - diz o juiz às partes - e dar-te-ei o direito a se aplicar - *dabo tibi jus* -, o que obriga sejam as partes verdadeiras, porque o processo, no dizer escorreito de Couture, é a realização da justiça, que jamais poderá ficar apoiada na mentira, no dolo ou na fraude.” (*Fraude no Processo Civil*, 3^a ed. rev., atual. e ampl.. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 87/88.)

Portanto, as partes são obrigadas a agir, no processo, com lealdade e boa-fé. Não quer isso dizer, é verdade, que devam confessar fatos, produzir provas contrárias a seus interesses, mas quer dizer que não devem alterar a verdade dos fatos, como expressamente vedado pelo inciso II do art. 17 do CPC.

Feitas essas considerações, passo à análise da conduta do requerido a fim de determinar seu enquadramento, ou não, na hipótese prevista no art. 485, III, do CPC.

Declarada a fraude à execução pelo juiz de piso ao fundamento de que, quando ocorreu a aliena-

ção do imóvel, já corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência e, registre-se, com citação válida, o requerido interpôs agravo de instrumento. Em suas razões recursais, sustentou a necessidade de prova de sua insolvência, afirmando, com todas as letras, que deixava atrás de si patrimônio suficiente para garantia da execução, **verbis**:

“Voltando, d.m.v., ao tema da insolvência do agravante/devedor, ficou demonstrado, em razão do débito atual informado às fls. 255 e o valor do bem remanescente, avaliado às fls. 117, que inocorre a insolvência do agravante/devedor, que deixa atrás de si patrimônio suficiente, não podendo, por isso mesmo, vir declarada a fraude à execução, ...”. (e-STJ Fl. 70)

“Ainda que fulminado pela imperfeição o ato de fls. 117, deixa estreme de dúvidas exatamente o contrário: que o valor do bem remanescente era ao seu tempo e ainda o é hoje, bastante para garantir seu gravame e a execução nestes autos, mesmo considerado em sua usura.” (e-STJ Fl. 72) (grifos do original)

O Tribunal *a quo* desproveu o recurso em acórdão assim ementado:

“Agravio de Instrumento. Execução. Estando em curso a Execução, o Agte, foi devidamente citado, e após citação alienou parte de seu patrimônio. Inteligência do Inc. II do art. 593, CPC. É pacífico na jurisprudência e na

doutrina, que, quando o executado é devidamente citado, qualquer alienação de seu patrimônio realizada posteriormente a este ato é encarado como fraude a execução, não sendo necessário ser efetivamente uma ação executória, podendo ser qualquer ação que venha a torná-lo insolvente. Não há prova ao longo do processado de que o executado tem patrimônio suficiente para assegurar a execução, e é dever do Estado assegurar que a execução se efetive, em nome de seu próprio prestígio e de sua autoridade. Por isso nega-se provimento ao agravo com o que fica cassado o efeito suspensivo.”

Vale destacar trecho do acórdão no qual a Corte de origem afasta a alegação do recorrente de que o bem remanescente seria suficiente para garantir a execução, tomando por base apenas o valor que lhe foi atribuído pelo Oficial de Justiça:

“E até mesmo a sua alegação de que o outro imóvel penhorado é suficiente para garantir a execução, pois, a aludida fazenda que foi alienada, conforme se depreende da certidão de penhora lavrada pelo Oficial de Justiça, no momento da penhora estava avaliada em R\$ 200.000,00, e foi vendida por R\$ 70.300,00; diga-se de passagem aparentemente a venda se deu entre familiares. E nenhuma das partes, trouxe aos autos qualquer manifestação devidamente comprovada de que o executado é ou não solvente.”

Seguiu-se a interposição de recurso especial pelo ora requerido, no bojo do qual, novamente, afirmou que a alienação inquinada de fraudulenta não o teria conduzido à insolvência, dado que o imóvel remanescente seria suficiente para garantir a execução, argumento que acabou sendo acolhido e serviu de fundamento à decisão rescindenda.

Não prospera o argumento do ora requerido de que silenciar sobre o tamanho de sua dívida para com o Banco do Brasil S/A configura mera omissão relativa a uma circunstância que lhe era desfavorável, o que não configura dolo processual. É que a decisão rescindenda não decorreu de uma mera omissão de sua parte, mas sim de sua afirmação reiterada nos autos de que a alienação do bem não o reduzira à insolvência, posto que o imóvel remanescente seria suficiente para garantir o gravame que sobre ele pesava e o débito exequendo. Ao assim proceder, alterou, deliberadamente, a verdade dos fatos, conduta esta que encontra expressa reprimenda no inciso II, do art. 17, do CPC.

O dolo processual consiste em artifícios capazes de iludir o juiz, afastando-o de uma decisão de acordo com a verdade. Segundo o magistério de LUIZ EULÁLIO VIDIGAL, colacionado por JOSÉ FREDERICO MARQUES:

“... o dolo que pode levar à rescisão da sentença está bem caracterizado nos dispositivos em que o Código define a responsabilidade das partes por dano processual. É aquele cujas várias

modalidades se acham indicadas no art. 17 do Código, desde que, sem eles, outra, diversa, seria a sentença.” (*Manual de Direito Processual Civil*. 9ª ed. Campinas-São Paulo: Millennium Editora Ltda., 2003, p. 546.)

Extrai-se, ainda, da doutrina acima transcrita que, para o êxito da rescisória, há que se demonstrar o nexo de causalidade entre o dolo e o resultado da sentença. No caso, isso fica evidente, na medida em que a decisão rescindenda fundamentou-se, justa e exclusivamente, na ausência de insolvência do devedor decorrente da alienação impugnada, fato que, posteriormente, se comprovou falso, implicando na frustração da ação executiva.

A lei exige que a parte não engane o juiz. Essa é a conduta que se espera daquele que postula em juízo, compatível com a dignidade do processo civil.

Ficando comprovada a existência de vício que maculou a decisão rescindenda, merece ser acolhida a presente ação rescisória.

Assim, uma vez desconstituída a decisão desta Corte em virtude da conduta dolosa da parte ora requerida, é de rigor o novo julgamento do recurso.

Contra o acórdão prolatado pela 6ª Câmara Cível do TJ/RJ, no Agravo de Instrumento n. 2002-002-7556, mantendo a decisão que declarou a fraude à execução, o requerido interpôs recurso especial, apontando violação aos arts. 593, II e 659, § 4º, do CPC e arts. 167, I, n. 5 e 240 da Lei 6.015/1973, além de dissenso jurisprudencial.

O apelo especial foi inadmitido por decisão que adotou os seguintes fundamentos:

“O presente recurso especial afigura-se inadmissível, pois a análise de seu mérito demanda indispensável apreciação de questões fáticas, à luz das provas existentes nos autos.

O fundamento utilizado pelo v. Acórdão recorrido diz respeito à ‘inexistência de prova quanto à existência de outros bens suficientes no patrimônio do devedor para garantir o êxito da execução’. Portanto, o recurso especial não é a sede apropriada para o reexame das provas, notadamente para aferir o valor de outro imóvel de propriedade do Recorrente. Presente, aqui, o óbice imposto na Súmula 7 do STJ.

A questão relativa ao registro de penhora não foi enfrentada pelo v. Acórdão recorrido, faltando o necessário prequestionamento da matéria federal. Não obstante, a alegação de desconhecimento da penhora, pela ausência do seu registro no cartório imobiliário, somente pode ser feita pelos adquirentes do imóvel; e não pelo executado. Por fim, o fundamento quanto à divergência jurisprudencial não tem viabilidade, pois o Recorrente, além de não confrontar analiticamente as situações examinadas pelos acórdãos divergentes, não fez a prova do dissídio, de acordo com o artigo 541, parágrafo único do CPC. Portanto, DEIXO DE ADMITIR o presente recurso especial.”

Nas razões recursais, o agravante afastou a incidência da Súmula

n. 7/STJ, alegando que a matéria controvertida é apenas de direito, consistindo no reconhecimento de que, para a declaração da fraude à execução, não basta a simples alienação ou oneração do bem, sendo imprescindível o requisito da insolvência, não demonstrado no caso concreto. No tocante aos demais dispositivos legais, alusivos à falta de registro da penhora, alega tratar-se de matéria de ordem pública, além de ter sido prequestionada no seu agravo de instrumento. Aduz possuir legitimidade para suscitar a falta de registro da penhora, pois a decisão produz efeito sobre a alienação do imóvel que efetuou. Por fim, sustenta ter cumprido as exigências pertinentes à demonstração da divergência jurisprudencial.

Reanalizando o acórdão prolatado pela 6ª Câmara Cível do TJ/RJ, constata-se que aquele colegiado manteve o reconhecimento da fraude à execução por considerar que a alienação do imóvel ocorreu após a citação válida do executado e, também, por não estar comprovada a solvência do devedor após esta alienação. A Corte de origem levou em consideração os valores atribuídos aos bens penhorados e o valor do crédito exequendo, porém considerou insuficiente a prova de solvência do devedor, na medida em que a fazenda alienada fora avaliada pelo Oficial de Justiça em R\$ 200.000,00 e vendida pelo executado por R\$ 70.300,00. Assim, entendeu prudente manter a constrição, salientando que o Estado deve assegurar que a execução se efetiva, em

nome de seu próprio prestígio e autoridade.

Lembro que a presunção de fraude constante do art. 593, inciso II, do CPC milita em favor do exequente, impondo ao executado o ônus de demonstrar o contrário, pois, como esclarece JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA,

“... a pessoa a quem a presunção desfavorece suporta o ônus de demonstrar o contrário, independentemente de sua posição processual, nada importando o fato de ser autor ou réu”. (As presunções e a prova. In: Temas de Direito Processual. 2ª ed., 1ª série. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 60)

Nesse sentido, aliás, já se manifestou esta Corte Superior. Trago à colação o seguinte precedente:

“AÇÃO RESCISÓRIA. FRAUDE À EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. SOLVÊNCIA DO DEVEDOR. COMPROVAÇÃO. ÔNUS DO ADQUIRENTE. ERRO DE FATO. NÃO-OCORRÊNCIA.

1. Não há se cogitar de má interpretação que justifique o jus rescindens se a aplicação do direito, nos moldes estabelecidos no acórdão rescindendo, guarda estreita vinculação com a qualificação jurídica conferida pelo Órgão Julgador aos elementos de prova carreados aos autos.

2. “O inciso II, do art. 593, do CPC, estabelece uma presunção relativa da fraude, que beneficia o autor ou exequente, razão pela qual é da parte contrária o ônus da prova da inocorrência dos pressupostos

da fraude de execução” (REsp n. 655000/SP).

3. Pedido julgado improcedente.” (AR n. 3.307/SP, Segunda Seção, da minha relatoria, DJe de 29.3.2010.)

“PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. CITAÇÃO VÁLIDA. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL. FRAUDE À EXECUÇÃO. CARACTERIZAÇÃO. OFENSA AO INCISO II DO ARTIGO 593 DO CPC. OCORRÊNCIA. INEFICÁCIA DA ALIENAÇÃO. PENHORA. DETERMINAÇÃO. MULTA DO ARTIGO 601 DO CPC. APLICAÇÃO.

1. Configura fraude à execução o ato de alienação ou oneração de bens do devedor quando o bem for litigioso ou quando, ao tempo da alienação, correr, contra o devedor, demanda capaz de reduzi-lo à insolvência (art. 593, I e II, CPC).

2. O STJ possui entendimento de que a fraude à execução dispensa a prova da existência do consilium fraudis, sendo, portanto, suficiente o ajuizamento da demanda e a citação válida do devedor em data anterior à alienação do bem. Precedente.

3. No âmbito desta egrégia Quinta Turma, prevalece a compreensão de que configura fraude à execução a disposição patrimonial após a citação válida em demanda em curso contra o devedor.

4. Esta Corte, em recente julgado, decidiu que o inciso II do artigo 593 do CPC, estabelece uma presunção relativa da fraude, que beneficia o autor ou exequente, razão pela qual é da parte contrária o ônus da prova da inocorrência dos pressupostos da fraude de execução (REsp 655.000/SP).

5. Comprovado que o executado, após ser citado para pagar ou nomear bens à penhora, deixou de fazê-lo e, ao revés, alienou o imóvel 49 dias depois da citação válida, evidenciada está a afronta ao artigo 593, II, da Lei Adjetiva Civil.

6. Recurso especial provido.” (REsp n. 1.070.503/PA, Quinta Turma, relator Ministro Jorge Mussi, DJe de 14.9.2009.)

Portanto, a partir do delineamento fático estabelecido pelas instâncias ordinárias, que deixaram assente a presença dos requisitos legais para a configuração da fraude à execução (ter a alienação do imóvel ocorrido quando já em curso a execução com citação válida e não ter restado provada a solvência do devedor), merece ser mantido o acórdão proferido no Agravo de Instrumento n. 2002-002-7556 pela 6ª Câmara Cível do TJ/RJ, que bem aplicou o art. 593, inciso II, do CPC ao caso concreto, reconhecendo a fraude à execução.

Ante o exposto, julgo procedente a ação rescisória para, desconstituindo a decisão rescindenda, prover o Agravo de Instrumento n. 516.677/RJ para conhecer e negar provimento ao recurso especial. Condeno o requerido ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios ao advogado do autor, os quais fixo em R\$ 20.000,00. Determino a restituição do depósito ao autor, a teor do disposto no art. 494 do CPC.

É o voto.

VOTO-REVISÃO

O EXMO. SR. MINISTRO SIDNEI BENETI:

1.- A ação rescisória, fundamentada no art. 485, III e VII, do Cód. de Proc. Civil visa à rescisão e rejugamento de decisão proferida pelo E. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS no Ag. 516.677/RJ, a qual afastou alegação, formulada pelo ora autor, de fraude de execução na alienação de imóvel rural, ante execução promovida contra o ora réu pelo ora autor, motivando-se, o julgado rescindendo, na constatação fática de que a alienação não reduzia o executado, ora réu, à insolvência, por possuir, o executado, bens suficientes a garantir a execução.

Sustenta, agora, o autor, que tomou conhecimento de documento novo, provando que o imóvel remanescente de alienações realizadas pelo então executado, ora réu, estava hipotecado ao Banco do Brasil, devido a quatro cédulas rurais, em débito, no dia 28.2.1998, no valor de R\$ 455.386,72, fato comprovado pelo referido documento novo (Ofício Suporte 2007/053, de 2.4.2007).

2.- O réu contestou sustentando a inviabilidade da ação rescisória, porque: a) não configurada hipótese de documento novo, porque antes da decisão rescindenda emitido; b) inexistente dolo na atuação processual do réu, então exequente.

As partes não pleitearam produção de mais provas e ofereceram alegações finais (e-STJU fls. 446/454 e 472/474).

3.- O Ministério Pùblico federal opinou no sentido da procedência da ação rescisória (e-STJ, fls. 477/487).

É o relatório.

4.- Meu voto julga procedente a ação rescisória. O Acórdão rescindendo julgou exatamente o núcleo da pretensão deduzida em Juízo, isto é, o próprio negócio jurídico de alienação da propriedade rural em causa, o qual constituía a base da pretensão à garantia da penhora. Nesse ponto se encontrava a lide inserida no processo de execução. Aí o mérito, entendido como núcleo da pretensão deduzida em Juízo. Satisfeito, portanto, o requisito de tratar-se do núcleo da pretensão deduzida em juízo, o que configura o mérito (nas clássicas lições de LIEBMAN, em Estudos sobre o Processo Civil Brasileiro, e ALFREDO BUZAID, "Do Agravo de Petição").

Ademais, PONTES DE MIRANDA bem lembra que "decisão rescindível é qualquer sentença que possa influir no julgamento final do feito, e não só a decisão final" ("Tratado da ação Rescisória", Forense, 1976, p. 578). Não fosse a decisão que afastou a qualidade fraudulenta da alienação do bem de garantia do credor, o resultado final do processo de execução, que se encerraria por sentença (CPC, arts. 794/795) seria outro.

5.- Realmente surgiu documento novo, desconhecido do credor, consistente na existência de quatro cédulas rurais, com débitos em aberto, no expressivo valor de R\$ 455.386,72, em favor do Banco do Brasil, recaindo sobre bem que foi

considerado de importância jurídica capital como integrante do ativo patrimonial do devedor e, consequentemente, da sua solvabilidade, no afastamento da configuração de fraude na execução.

6.- Esses pontos constituem a matéria central de relevância para o caso. Os demais argumentos em desfavor da ação rescisória perdem relevância porque se chocam contra o centro da controvérsia. Alegações periféricas à questão central, afastam-se no julgamento.

7.- Pelo exposto, pelo meu voto julga-se procedente a ação rescisória, declarando, em "judicium rescissorum", a alienação em fraude de execução e, portanto, a ineficácia relativamente ao processo pelo qual cobrada a dívida.

Ministro SIDNEI BENETI – Revisor.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia SEGUNDA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Seção, por unanimidade, julgou procedente a ação rescisória para, desconstituindo a decisão rescindenda, prover o Agravo de Instrumento n° 516.677/RJ e conhecer e negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sidnei Beneti (Revisor), Raul Araújo, Paulo de Tarso Sanseverino, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira,

Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Tribunal Regional Federal da 4^a Região

SFH. Condomínio residencial popular. Vícios construtivos. Illegitimidade passiva *ad causam* da CAIXA.¹

EMENTA OFICIAL

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SFH. CONDOMÍNIO RESIDENCIAL POPULAR. VÍCIOS CONSTRUTIVOS. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*.

Tendo como objeto o contrato de mútuo firmado entre o mutuário/comprador e o agente financeiro (no caso a Caixa Econômica Federal) tão somente a disponibilização de empréstimo em dinheiro para a aquisição de imóvel, bem como a constituição de alienação fiduciária em garantia sobre o respectivo bem, não deve este responder por eventuais vícios construtivos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 3^a Turma do Tribunal Regional Federal da 4^a Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 26 de fevereiro de 2014.

NICOLAU KONKEL JUNIOR – Relator.

AC nº 5034211-48.2012.404.7100/RS – Dje 28.02.2014.

RELATÓRIO

FABIO HENRIQUE DE ARAUJO PIRES e JAQUELINE GOMES DE CASTRO PIRES ajuizaram ação ordinária em face da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF, A. S. IMOBILIÁRIA LTDA e BERBIGIER MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA, objetivando indenização por danos morais e materiais decorrentes de vícios construtivos em imóvel financiado no âmbito do Programa Minha Casa Minha Vida.

Instruído o feito, sobreveio sentença que reconheceu a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o feito, extinguindo a ação sem julgamento do mérito em relação à CEF, nos termos dos artigos 267, VI, do Código de Processo Civil, e declinando da competência para a Justiça Estadual.

Apela a parte autora. Em suas razões, afirma a legitimidade passiva da CEF por se tratar de financiamento imobiliário incluído no

¹ Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50342114820124047100&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=&todasfases=S&selForma=NU&todaspáginas=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=> Acesso em: 02 abr. 2014.

Programa Minha Casa Minha Vida, e aponta sua responsabilidade em função da realização de vistorias da obra.

Com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte.

É o relatório. Peço dia.

NICOLAU KONKEL JUNIOR – Relator.

VOTO

Cinge-se a controvérsia em definir a competência para o julgamento do feito.

Como bem observa o juízo sentenciante, nos casos de contrato celebrado entre o mutuário e o agente financeiro e que tem como objeto a disponibilização de empréstimo em dinheiro para a construção ou a aquisição de imóvel e a constituição de garantia sobre o respectivo bem, tenho que a CEF não deve este responder por eventuais vícios construtivos no imóvel.

Isso porque a parte autora celebrou duas espécies distintas de contrato: um de compra e venda, que se perfectibilizou com a tradição do imóvel ao comprador e da quantia em dinheiro ao vendedor; e outro de empréstimo em dinheiro, no qual se obrigou a mutuante a entregar a quantia mutuada e a mutuária a restituir o valor que tomou emprestado, acrescido de juros e correção monetária no prazo contratado.

Nessa equação, tendo como objeto o contrato de mútuo firmado entre a mutuária/compradora e o agente financeiro (no caso a Caixa Econômica Federal) tão somen-

te a disponibilização de empréstimo em dinheiro para a construção de imóvel, bem como a constituição de alienação fiduciária em garantia sobre o respectivo bem, não deve este responder por eventuais danos no imóvel.

É bem verdade que o agente financeiro realiza vistorias no imóvel antes de liberar o valor mutuado. No entanto, a fiscalização empreendida pela CEF, conforme previsto no contrato de financiamento, obviamente limita-se ou à averiguação da execução da obra para fins de liberação dos valores financiados à medida que o imóvel é construído, ou à existência do imóvel e à razoabilidade do valor informado, bem como avaliar se o bem tem condições de servir como garantia hipotecária dos valores mutuados - não se prestando, como quer fazer crer a parte autora, a garantir a qualidade da obra e assegurar a habitabilidade do imóvel.

No mesmo sentido, o precedente desta Turma:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SFH. VÍCIOS CONSTRUTIVOS. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA CEF.

Tendo como objeto o contrato de mútuo firmado entre o mutuário/comprador e o agente financeiro (no caso a Caixa Econômica Federal) tão somente a disponibilização de empréstimo em dinheiro para a construção de imóvel, bem como a constituição de hipoteca sobre o respectivo bem, não deve este responder por eventuais vícios construtivos.

- AC nº 2007.71.18.000095-0,
3ª TURMA, Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA,
D.E. 10/01/2012

Não altera tal circunstância o fato de o imóvel se tratar de imóvel adquirido por meio de contrato firmado no âmbito do Programa Minha Casa Minha Vida, uma vez que a documentação acostada aos autos comprova que a CEF não teve qualquer participação na elaboração dos projetos ou na venda do imóvel - tendo agido apenas na condição de agente financeiro *stricto sensu*.

Quanto ao tema, me sirvo das justas razões postas pela ilustre Ministra Maria Isabel Gallotti em seu voto-vista no julgamento do Recurso Especial nº 738.071 - SC (Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, QUARTA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 09/12/2011), *in verbis*:

'Penso que a questão da legitimidade passiva da CEF merece distinção, a depender do tipo de financiamento e das obrigações a seu cargo, podendo ser distinguidos, a grosso modo, dois gêneros de atuação no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, isso a par de sua ação como agente financeiro em mútuos concedidos fora do SFH (1) meramente como agente financeiro em sentido estrito, assim como as demais instituições financeiras públicas e privadas, na concessão de financiamentos com recursos do SBPE (alta renda) e do FGTS (média e alta renda), (2) ou como agente

executor de políticas federais para a promoção de moradia para pessoas de baixa ou baixíssima renda.

Nas hipóteses em que a CEF atua meramente como agente financeiro em sentido estrito, não vejo, via de regra, como atribuir-lhe, sequer em tese - o que seria necessário para o reconhecimento da legitimidade passiva ad causam - responsabilidade por eventual defeito de construção da obra finanziada.

Há hipóteses em que o financiamento é concedido ao adquirente do imóvel após o término da construção, sendo o imóvel novo ou usado. Em outras, o financiamento é concedido à construtora ou diretamente ao adquirente durante a construção. Em outros casos, é o próprio mutuário quem realiza a construção ou reforma.

Não considero que a mera circunstância de o contrato de financiamento ser celebrado durante a construção, ou no mesmo instrumento do contrato de compra e venda firmado com o vendedor, implique a responsabilidade do agente financeiro pela solidez e perfeição da obra.

A instituição financeira só tem responsabilidade pelo cumprimento das obrigações que assume para com o mutuário referentes ao cumprimento do contrato de financiamento, ou seja, a liberação do empréstimo, nas épocas acordadas, e com a cobrança dos encargos também estipulados no contrato.

Figurando ela apenas como financiadora, não tem respon-

sabilidade sobre a perfeição do trabalho realizado pela construtora escolhida pelo mutuário, e nem responde pela exatidão dos cálculos e projetos feitos por profissionais não contratados e nem remunerados pelo agente financeiro.

Observo que impor aos agentes financeiros este ônus, em caráter solidário, sem previsão legal e nem contratual (art. 896 do Código Civil), implicaria aumentar os custos dos financiamentos imobiliários do SFH, pois a instituição financeira passaria a ter que contar com quadros de engenheiros para fiscalizar, diariamente, a correção técnica, os materiais empregados e a execução de todas as obras por ela financiadas, passo a passo, e não apenas para fiscalizar, periodicamente, o correto emprego dos recursos emprestados.

Nestes casos em que atua como agente financeiro ‘stricto sensu’, a previsão contratual e regulamentar de fiscalização da obra, pela CEF, tem o óbvio motivo de que ela está financiando o investimento, tendo, portanto, interesse em que o empréstimo seja utilizado para os fins descritos no contrato de financiamento. Se ela constatar a existência de fraude, ou seja, que os recursos não estão sendo integralmente empregados na obra, poderá rescindir o contrato de financiamento. Em relação à construtora, ela tem o direito e não o dever de fiscalizar. O dever de fiscalizar surge perante os órgãos integrantes do Sistema Financeiro da Habitação, podendo ensejar sanções administrativas, mas não ser invocado pela

construtora, pela seguradora ou pelos adquirentes das unidades para a sua responsabilização direta e solidária por vícios de construção.

Fosse o caso de atribuir legitimidade à CEF nas causas em que se discute vício de construção de imóvel por ela financiado (financiamento ‘stricto sensu’), deveria ela figurar no pólo ativo da demanda, ao lado dos adquirentes dos imóveis, os mutuários. Isto porque a CEF tem interesse direto na solidez e perfeição da obra, uma vez que os apartamentos lhe foram dados em hipoteca.

Assim, não responde a CEF, perante o mutuário, por vício na execução da obra cometido pela construtora por ele escolhida para erguer o seu imóvel, ou de quem ele adquiriu o imóvel já pronto.

No segundo grupo de financiamentos acima lembrados, há diferentes espécies de produtos financeiros destinados à baixa e à baixíssima renda, em cada um deles a CEF assumindo responsabilidades próprias, definidas em lei, regulamentação infralegal e no contrato celebrado com os mutuários. Em alguns casos, a CEF contrata a construtora, em nome do Fundo de Arrendamento Residencial (FAR), para a edificação dos empreendimentos e arrenda ou vende os imóveis aos mutuários. Em outros programas de política de habitação social (recursos do Fundo de Desenvolvimento Social, do Orçamento Geral da União ou do FGTS), a CEF atua como agente executor, operador ou mesmo agente financeiro, conforme a legislação específica de regência,

concedendo financiamentos a entidades organizadoras ou a mutuários finais, sem assumir qualquer etapa da construção. Não cabe, no presente voto, adiantar entendimento acerca da responsabilidade da CEF em cada um desses tipos de atuação, o que deverá ser perquirido em cada caso concreto, a partir das responsabilidades assumidas pelas partes envolvidas. Examinou, portanto, apenas o caso concreto posto no presente recurso especial.

No caso dos autos, o autor alega que adquiriu o imóvel em agência da CEF, sem possibilidade de escolha da construtora e do projeto. Afirma que a instituição financeira promoveu o empreendimento, escolheu a construtora e as características do projeto, apresentando o negócio completo ao mutuário, dentro de um programa habitacional popular com recursos do FGTS.

Nos termos em que deduzida a controvérsia, portanto, parece-me clara a legitimidade passiva ad causam da instituição financeira. Esta legitimidade passiva não decorre, a meu sentir, da mera circunstância de haver financiado a obra e nem de se tratar de mútuo contraído no âmbito do SFH, mas de afirmar o mutuário na inicial, como parte da causa de pedir - e a exatidão de suas alegações será decidida em sentença de mérito, após a instrução - que a CEF promoveu o empreendimento, elaborou o projeto com todas as suas especificações, escolheu a construtora e o negociou diretamente, dentro de programa de habitação popular.'

Em caso análogo, o Superior Tribunal de Justiça se manifestou:

RECURSO ESPECIAL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. VÍCIOS NA CONSTRUÇÃO DE IMÓVEL CUJA OBRA FOI FINANCIADA. LEGITIMIDADE DO AGENTE FINANCEIRO.

1. Em se tratando de empreendimento de natureza popular, destinado a mutuários de baixa renda, como na hipótese em julgamento, o agente financeiro é parte legítima para responder, solidariamente, por vícios na construção de imóvel cuja obra foi por ele financiada com recursos do Sistema Financeiro da Habitação. Precedentes.

2. Ressalva quanto à fundamentação do voto-vista, no sentido de que a legitimidade passiva da instituição financeira não decorreria da mera circunstância de haver financiado a obra e nem de se tratar de mútuo contraído no âmbito do SFH, mas do fato de ter a CEF provido o empreendimento, elaborado o projeto com todas as especificações, escolhido a construtora e o negociado diretamente, dentro de programa de habitação popular.

3. Recurso especial improvido.
- REsp 738.071/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe 09/12/2011.

Nessa equação, não merece reparos a sentença.

Considerando os mais recentes precedentes dos Tribunais Superiores, que vêm registrando a necessidade do prequestionamento explícito dos dispositivos legais ou constitucionais supos-

tamente violados, e a fim de evitar que, eventualmente, não sejam admitidos os recursos dirigidos às instâncias superiores, por falta de sua expressa remissão na decisão vergastada, quando os tenha examinado implicitamente, concluo pela possibilidade de parcial provimento dos embargos declaratórios, para dar por prequestionados os dispositivos legais e/ou constitucionais apontados pela parte.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento à apelação.

NICOLAU KONKEL JUNIOR - Relator.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que este processo foi incluído na Pauta do dia 26/02/2014, na seqüência 171, disponibilizada no DE de 13/02/2014, da qual foi intimado(a) o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e as demais PROCURADORIAS FEDERAIS.

Certifico que o(a) 3^a TURMA, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A TURMA, POR UNANIMIDADE, DECIDIU NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Luciane Zarpelon - Diretora Substituta de Secretaria.

PARTE 3

NORMAS EDITORIAIS DE PUBLICAÇÃO

Normas Editoriais de Publicação

I - INFORMAÇÕES GERAIS

A Revista de Direito da ADVOCEF é uma publicação científica periódica da Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal. Publica artigos originais referentes à atuação profissional do advogado, à pesquisa, ao ensino ou à reflexão crítica sobre a produção de conhecimento na área do Direito.

Sua missão principal é contribuir para a formação profissional e acadêmica do advogado da Caixa e demais Operadores do Direito, bem como socializar o conhecimento técnico e científico produzido por aqueles que pesquisam e/ou atuam em todos os campos do conhecimento jurídico.

II – LINHA EDITORIAL

Os textos remetidos para publicação devem ser preferencialmente inéditos e abranger assuntos pertinentes ao Direito. Os trabalhos serão avaliados por um Conselho Editorial, sem a identificação dos autores e instituições (*blind review system*), o qual decidirá pela publicação do material enviado com base em critérios científicos, interesse institucional ou técnico e, ainda, atualidade de seu conteúdo.

Eventual adequação do conteúdo ao formato eletrônico poderá ser proposta, sem prejuízo da informação. Pequenas modificações no texto poderão ser feitas pelo Conselho Editorial, mas as modificações substanciais serão solicitadas aos autores. Será permitida a reprodução parcial dos artigos, desde que citada a fonte.

Ao remeter o texto para publicação, o Autor cede à ADVOCEF o direito de fazer uso do material enviado na Revista de Direito, no encarte “*Juris Tantum*” do Boletim Informativo Mensal e/ou em seu site na internet, a critério da associação.

A publicação em qualquer veículo de comunicação da ADVOCEF não é remunerada e o conteúdo é de responsabilidade do autor. Os originais, publicados ou não, não serão devolvidos.

III – TIPOS DE TEXTO

1. Artigos doutrinários – análise de temas e questões fundamentadas teoricamente, levando ao questionamento de modos de pensar e atuar existentes e a novas elaborações na área jurídica;

2. Relatos de experiência profissional e estudos de caso – relatos de experiência profissional ou estudos de caso de interesse para as diferentes áreas de atuação do advogado;

3. Comunicações – relatos breves de pesquisas ou trabalhos apresentados em reuniões científicas/eventos culturais;

IV - APRESENTAÇÃO DOS TRABALHOS

O texto, de até 30 laudas, deve ser enviado por e-mail à ADVOCEF, no formato Word, redigido em fonte Times New Roman, tamanho 12, com espaçamento entre linhas de 1,5 cm e margens de 2 cm (eventualmente, o conselho editorial poderá aprovar textos acima de 30 laudas, caso entenda ser de interesse da Revista a publicação na íntegra do material enviado).

O autor deve ainda enviar à ADVOCEF, por correio ou malote, devidamente preenchido e assinado, um termo de cessão de direitos autorais, elaborado a partir de formulário padrão disponibilizado em <http://www.advocef.org.br/_arquivos/40_1047_termocessao.doc>.

O arquivo do trabalho deve conter:

1. Folha de rosto com o nome do(s) autor(es) e: a) título em português; b) nome de cada autor, seguido da afiliação institucional e titulação acadêmica; c) endereço eletrônico para envio de correspondência.

2. Resumo em português – com no máximo 150 palavras e acompanhado de quatro palavras-chave. Palavras-chave são vocábulos representativos do conteúdo do documento que devem ser separados entre si por ponto e finalizados também por ponto.

2.1 Sumário indicando as principais partes ou seções do artigo.

2.2 Resumo bilíngue – Título, resumo e palavras-chave devem ser traduzidos para outro idioma, acompanhando os originais em português.

3. Notas de rodapé – As notas não bibliográficas devem ser reduzidas a um mínimo, ordenadas por algarismos arábicos e colocadas no rodapé da página, não podendo ser muito extensas.

4. As citações de autores devem ser feitas da seguinte forma:

a) Por meio do último sobrenome do autor, com apenas a primeira letra maiúscula, seguido, entre parênteses, do ano de publicação do trabalho e, para citações diretas, do número da página.

Quando o sobrenome do autor vier entre parênteses, deve ser escrito todo em letra maiúscula.

b) As obras e fontes citadas devem constar, obrigatoriamente, nas referências.

c) As citações diretas com mais de três linhas são consideradas citações longas e são transcritas em parágrafo distinto, começando a 4 cm da margem esquerda, sem deslocamento da primeira linha. O texto é apresentado sem aspas e transcrito com espaçamento entre linhas simples e fonte tamanho 10, devendo ser deixada uma linha em branco entre a citação e os parágrafos anterior e posterior.

5. Referências – Deve-se utilizar a norma ABNT 6023. Exemplos:

a) Livros: DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

b) Capítulo de livro: Autor(es) (ponto). Título do capítulo (ponto). In: referência completa do livro seguida pela paginação inicial e final do capítulo (p. XX-XX) ou pelo número dele (cap. X).

Exemplo: VELOSO, Zeno. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. In: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional**: controle de constitucionalidade. Bahia: JusPodivm, 2007. cap. 7.

c) Artigo em periódico científico: Autor (ponto). Título do artigo (ponto). Nome da revista ou periódico em negrito (vírgula), local de publicação (vírgula), volume e/ou ano (vírgula), fascículo ou número (vírgula), paginação inicial e final (vírgula), data ou intervalo de publicação (ponto).

Exemplo: DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Os povos indígenas brasileiros e os direitos de propriedade intelectual. **Hiléia**: Revista de Direito Ambiental da Amazônia, Manaus, v. 1, n. 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. 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, Salas 510 e 511, Edifício João Carlos Saad, CEP 70070-120, Fones (61) 3224-3020 e 0800-6013020.

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.