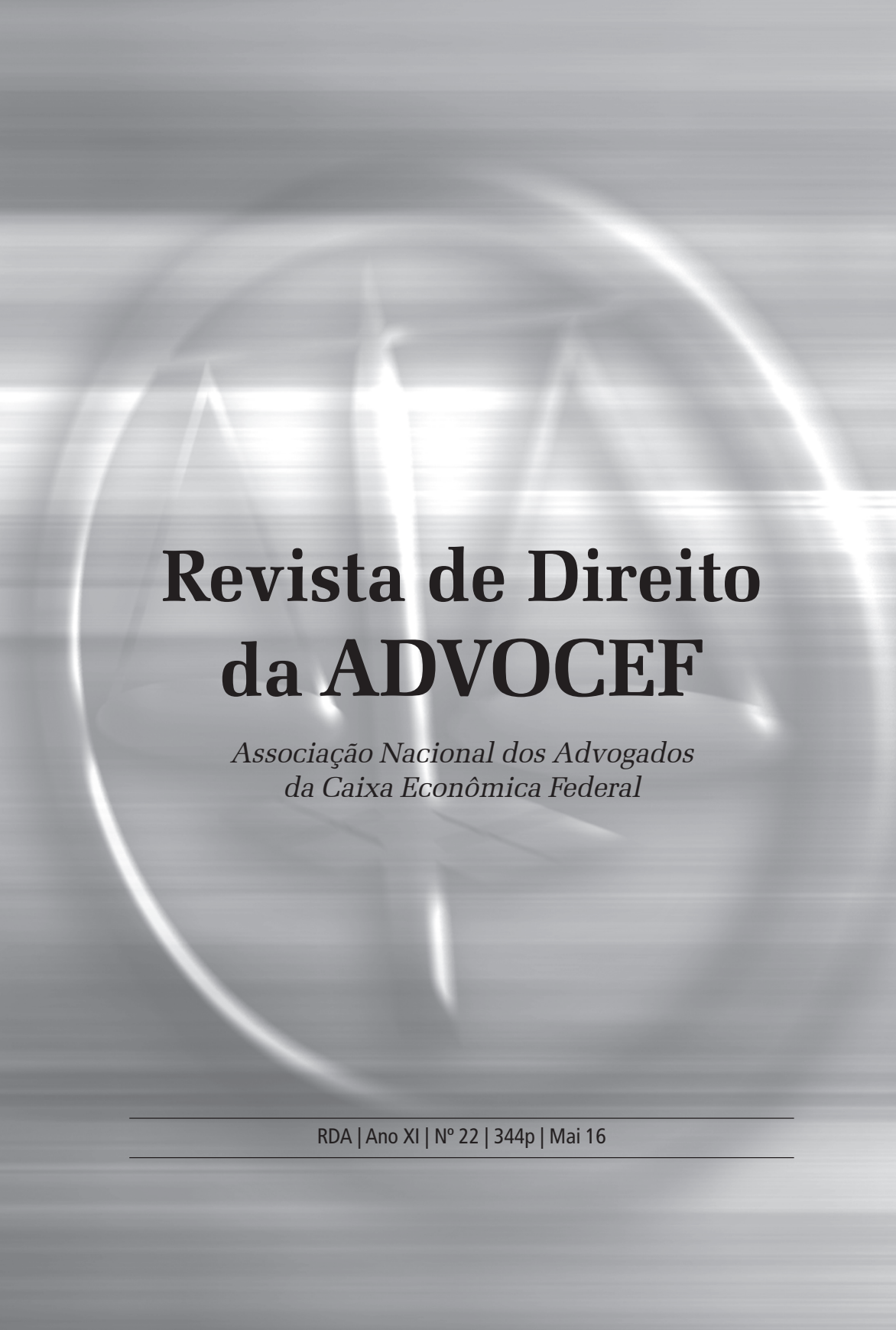




Revista de Direito da ADVOCEF

*Associação Nacional dos Advogados
da Caixa Econômica Federal*

Advocef

Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal

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

Edifício João Carlos Saad, CEP 70070-120

Fones (61) 3224-3020 e 0800-6013020

www.advocef.org.br

revista@advocef.org.br

Revista de Direito da ADVOCEF. Porto Alegre, ADVOCEF, v.1, n.22, 2016

Semestral

ISSN: 1808-5822

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

343.03

343.8103

Capa: *Marcelo Torrecillas*

Editoração Eletrônica: *José Roberto Vazquez Elmo*

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

Tiragem: *2.000 exemplares*

Periodicidade: *semestral*

Impressão: *Athalaia Gráfica e Editora*

Solicita-se Permuta

DIRETORIA EXECUTIVA DA ADVOCEF

Presidente

Álvaro Sérgio Weiler Júnior (Porto Alegre)

Vice-Presidente

Marcelo Dutra Victor (Belo Horizonte)

1ª Tesoureira

Roberta Mariana Corrêa (Porto Alegre)

2º Tesoureiro

Duílio José Sanchez Oliveira (Campinas)

1º Secretário

Magdiel Jeus Gomes Araújo (João Pessoa)

2º Secretário

Justiniano Dias da Silva Júnior (Recife)

Diretor de Relacionamento Institucional

Carlos Alberto Regueira Castro e Silva (Recife)

Diretor de Comunicação Social e Eventos

Henrique Chagas (Presidente Prudente)

Diretor de Honorários

Marcelo Quevedo do Amaral (Novo Hamburgo)

Diretora de Negociação Coletiva

Anna Claudia de Vasconcellos (Florianópolis)

Diretor de Prerrogativas

Marcos Nogueira Barcellos (Rio de Janeiro)

Diretor Jurídico

Renato Luiz Harmi Hino (Curitiba)

Diretor Social

José de Anchieta Bandeira Moreira Filho (Belém)

CONSELHO EXECUTIVO DA REVISTA

Álvaro Sérgio Weiler Júnior

Henrique Chagas

Roberto Maia

CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA

Alaim Giovani Fortes Stefanello

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

Antonio Carlos Ferreira

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

Bruno Queiroz Oliveira

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

Cacilda Lopes dos Santos

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

Carolina Reis Jatobá Coêlho

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

Claudio Gonçalves Marques

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

Davi Duarte

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

Iliane Rosa Pagliarini

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

João Pedro Silvestrin

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

Kátia Aparecida Mangone

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

Lucia Elena Arantes Ferreira Bastos

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

Luiz Guilherme Pennacchi Dellore

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

Vera Regina Hippler

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

Wilson de Souza Malcher

Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Salamanca - Espanha. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Portugal. Pós-graduado lato sensu em Direito Processual Civil - IBDP/DF; Pós-graduado lato sensu em Direito Econômico e das Empresas - FGV/DF. MBA em Gestão Empresarial - AEU/DF.

CONSELHO DELIBERATIVO

Membros Efetivos

Dione Lima da Silva (Porto Alegre)

Fernando da Silva Abs da Cruz (Porto Alegre)

Luiz Fernando Padilha (Rio de Janeiro)

Luiz Fernando Schmidt (Goiânia)

Maria Rosa de Carvalho Leite Neta (Fortaleza)

Marta Bufaiçal Rosa (Aposentada)

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

Membros Suplentes

Elton Nobre de Oliveira (Rio de Janeiro)

Aline Lisboa Naves Guimarães (DIJUR/SUAJU)

Luís Gustavo Franco (DIJUR/SUAJU)

CONSELHO FISCAL

Membros Efetivos

Cleucimar Valente Firmiano (Campinas)

Melissa dos Santos Pinheiro (Porto Velho)

Rogério Rubim de Miranda Magalhães (Belo Horizonte)

Membros Suplentes

Edson Pereira da Silva (DIJUR/GETEN)

Rodrigo Trassi de Araújo (Bauru)

APRESENTAÇÃO	11
---------------------------	-----------

PARTE 1 – ARTIGOS

Tutela provisória incidental e os efeitos dos recursos: ponderações necessárias	
<i>José Henrique Mouta Araújo</i>	<i>13</i>
<i>Distinguishing</i> e o pedido de distinção: as convergências e divergências entre os institutos no Novo Código de Processo Civil	
<i>Vinicius Silva Lemos</i>	<i>31</i>
A regulação voluntária e a governança corporativa	
<i>Cristiano Starling Erse.....</i>	<i>53</i>
Inaplicabilidade da Lei de Licitações na formalização de relações fundamentadas na Lei Federal nº 11.908/09	
<i>Carolina Reis Jatobá Coêlho</i>	<i>79</i>
O trabalho em “facções” do ramo têxtil/vestuário em Blumenau/SC: um estudo de caso sobre saúde e adoecimento	
<i>Oscar Krost</i>	<i>113</i>
Crítica ao sentido de unicidade sindical no Estado Democrático de Direito	
<i>Cristiane Maria Freitas de Mello e</i>	
<i>Maurício Veloso Queiroz.....</i>	<i>127</i>
O rito sumaríssimo no processo do trabalho: a celeridade e a questão do duplo grau de jurisdição	
<i>Alynne Cristine Rocha Calado.....</i>	<i>143</i>
Do reconhecimento da prescrição em ação trabalhista: efeitos da ausência de regulamentação do inciso I do artigo 7º da CF/88	
<i>Alessandra Weber Bueno Giongo</i>	<i>177</i>
A possibilidade da exclusão do condômino antissocial da propriedade horizontal	
<i>Felipe Costa Silveira</i>	<i>195</i>

Direito de família e casamento monogâmico. Eficácia da norma jurídica. O amor excluindo a fidelidade recíproca como dever jurídico na pós-modernidade. Interdisciplinaridade na economia, filosofia e psicanálise.

Gouvan Linhares Lopes e Floriano Benevides de Magalhães Neto 221

Tutelas jurisdicionais de urgência e evidência à luz do Código de Processo Civil

Bianca Dutra Batista 245

PARTE 2 – JURISPRUDÊNCIA

Superior Tribunal de Justiça

Recuperação Judicial. Cessão fiduciária sobre direitos sobre coisa móvel e sobre títulos de crédito. Não sujeição aos efeitos da recuperação judicial 265

Superior Tribunal de Justiça

Recurso especial. Responsabilidade civil. Cartão de crédito. Cobrança indevida. Pagamento não efetuado. Dano moral. Inocorrência. Mero transtorno 289

Tribunal Superior do Trabalho

Recurso de revista. Rito sumaríssimo. Caixa Econômica Federal. Programa de Arrendamento Residencial. Moradia da população de baixa renda. Operacionalização. Responsabilidade Subsidiária 307

PARTE 3 – NORMAS EDITORIAIS DE PUBLICAÇÃO 339

APRESENTAÇÃO

A Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal, com júbilo e satisfação, traz a 22ª edição de sua Revista de Direito, um volume repleto de temas, verdadeiro mosaico de assuntos atuais e também polêmicos.

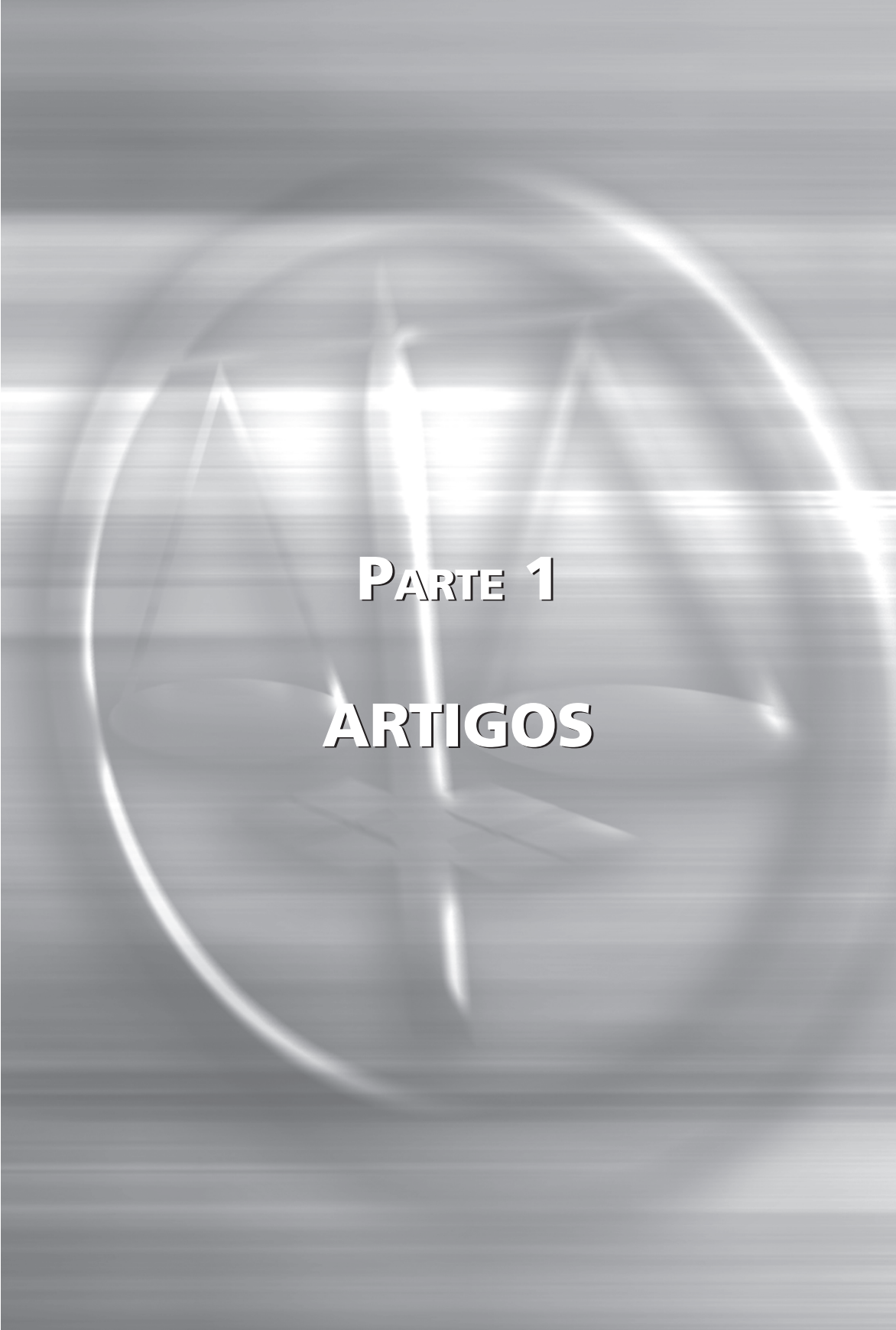
Trabalhos de provocante indagação envolvendo o direito de família, civil, trabalhista, societário e condominial, as licitações e o sempre debatido Novo Código de Processo Civil, entre outros, são trazidos por estudiosos autores.

Uma plêiade de operadores do Direito, advogados da Caixa, docentes, advogados públicos e privados, e também acadêmicos, compõe a edição, oferecendo uma multiplicidade de visões sobre a ciência jurídica.

Nestes 11 anos de existência, a Revista de Direito da ADVOCEF se orgulha de divulgar trabalhos que têm enriquecido mentes e bibliotecas as mais diversas, contribuindo de forma concreta para o aprimoramento do conhecimento jurídico.

Complementado por jurisprudência pontual, de interesse institucional da corporação representada pela entidade editora da obra, fiquem com mais um número da publicação. Ansiamos que ele seja de agrado geral e amplie a ideia de compartilhamento de informação, em favor da cultura e do ensino jurídico.

Diretoria da ADVOCEF



PARTE 1

ARTIGOS

Tutela provisória incidental e os efeitos dos recursos: ponderações necessárias

José Henrique Mouta Araújo

Procurador do Estado do Pará e Advogado Pós-doutor (Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa), doutor e mestre (Universidade Federal do Pará) Professor do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA) e da Faculdade Metropolitana de Manaus (FAMETRO)

RESUMO

Um dos aspectos mais importantes do novo Código de Processo Civil diz respeito aos pronunciamentos provisórios. O presente ensaio tem por objetivo analisar as várias situações jurídicas em que essas ordens judiciais podem ser proferidas e os instrumentos de impugnação, inclusive no que diz respeito à unirrecorribilidade, ao efeito suspensivo e aos poderes do relator.

Palavras-chave: Novo CPC. Pronunciamentos provisórios. Recursos cabíveis. Efeito suspensivo.

ABSTRACT

One of the most important aspects of the new Civil Procedure Code with respect to interim statements. This essay aims to analyze the various legal situations in which these court orders may be issued and the challenge of instruments, including with regard to principle of unity appeal, suspensive effect and the powers of the Rapporteur .

Keywords: New CPC. Interim statements. Appropriate resources. Suspensive effect.

Introdução

Um dos temas mais importantes do CPC/15 diz respeito à disciplina das tutelas provisórias e sua utilização como instrumento de efetivação da prestação jurisdicional.

Vários questionamentos devem ser objeto de reflexão dos operadores do direito, entre os quais, é possível destacar: a) *qual a diferença entre tutela provisória e definitiva?* b) *houve o en-*

cerramento da ação cautelar autônoma? c) quais são os requisitos para a concessão de tutela provisória? d) o que são tutelas de urgência e de evidência? e) o que é estabilização da tutela antecipada antecedente? f) como enfrentar os momentos para a concessão e os recursos cabíveis contra a tutela provisória? g) o efeito suspensivo dos recursos pode significar um obstáculo à efetivação das tutelas provisórias?

O objeto deste ensaio é tratar especificamente dos itens *f* e *g*. Pretendo enfrentar os aspectos práticos ligados ao momento de concessão da tutela provisória incidental e os recursos cabíveis, inclusive revisitando algumas reflexões que foram feitas em Araújo (2006b).

Neste momento introdutório, vale aduzir que a tutela provisória é tratada, de forma genérica, entre os arts. 294 e 311 do CPC/15 e possui citações em diversos outros dispositivos processuais, entre os quais: arts. 9º, § único, I; 69, § 2º, III; 519; 537; 555, § único, II; 919, § 1º; 932, II; 937, VIII; 969; 1.012, V; 1013, § 5º; 1015, I; e 1.059.

Pela sistemática apresentada no Livro V – Tutela provisória, é possível classificá-la em, no mínimo, três critérios: a) *quanto ao fundamento*: urgência e evidência (art. 294); b) *quanto à satisfatividade da tutela de urgência*: antecipada e cautelar (art. 294, § único); c) *quanto ao momento*: antecedente e incidental (arts. 303 a 309).

Em vista de sua importância e de suas variações, várias abordagens podem ser apresentadas sobre o tema *tutela provisória*, o que por certo irá desafiar a doutrina e a jurisprudência do novo CPC. *Contudo, o tema a ser enfrentado neste ensaio se concentra na verificação de alguns momentos processuais para a concessão da tutela provisória de urgência incidental (cautelar e antecipada) e sua repercussão na esfera recursal, especialmente no que respeita ao efeito suspensivo do apelo.*

Vamos aos argumentos.

1 Tutela provisória de urgência incidental concedida *initio litis* e no curso do processo: cabimento de agravo de instrumento (art. 1015 do CPC)

Neste primeiro momento, serão observados alguns aspectos ligados à concessão da tutela provisória de urgência (cautelar ou antecipada) incidental baseada em cognição sumária.

No que respeita à concessão da tutela provisória de urgência *inaudita altera pars*, há a necessidade de demonstração dos requisitos autorizadores da medida. De acordo com o *caput* do

art. 300, os requisitos positivos são: a) probabilidade do direito; b) perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Já o requisito negativo, para a tutela de urgência antecipada, está previsto no § 3º do art. 300, a saber: perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.¹

Vale ressaltar que esses requisitos estão presentes para as tutelas provisórias em geral, mas não são absolutamente necessários para os casos de tutela inibitória. Com efeito, o intérprete deve analisar em conjunto os arts. 300 e 497, parágrafo único, para concluir que, no caso de tutela inibitória (inibição da prática, reiteração ou continuação de um ilícito, ou a sua remoção), *"é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo"*.

Outrossim, a tutela provisória de urgência pode ser concedida de forma liminar (*inaudita altera parte*), após justificação prévia (art. 300, § 2º), ou em qualquer outra etapa durante o andamento do feito. A rigor, inexiste preclusão em relação ao momento de concessão da tutela provisória incidental.²

Uma coisa é certa: nos casos de *deferimento* (ou *indeferimento*) da tutela de urgência no curso do processo, o prejudicado deve interpor o recurso de agravo de instrumento (art. 1015, I, do CPC/15). Ao analisar o recurso, poderá o relator adotar uma das seguintes providências, desde que estejam presentes os requisitos de admissibilidade recursal (art. 1019): a) concessão de efeito suspensivo; b) antecipação da pretensão recursal; c) apreciação monocrática para negar provimento (art. 932, IV) ou, após o contraditório, dar provimento ao apelo (art. 932, V).

É necessário destacar, o que irá diferenciar o procedimento a ser adotado caso a tutela provisória seja concedida na sentença, que no caso de apreciação da medida no curso do processo o pedido de efeito suspensivo (ou mesmo da antecipação da pre-

¹ É mister afirmar, o que já vem sendo discutido desde a redação do CPC/73 (art. 273, § 3º), que o requisito negativo não deve ser interpretado de forma absoluta, mas sim de acordo com a situação jurídica tratada em cada caso concreto. A propósito, vale citar o Enunciado 419 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "(art. 300, § 3º) Não é absoluta a regra que proíbe tutela provisória com efeitos irreversíveis. (Grupo: Tutela de urgência e tutela de evidência)".

² Vale citar o Enunciado 496 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "(art. 294, parágrafo único; art. 300, *caput* e § 2º; art. 311) Preenchidos os pressupostos de lei, o requerimento de tutela provisória incidental pode ser formulado a qualquer tempo, não se submetendo à preclusão temporal. (Grupo: Tutela de urgência e tutela de evidência)".

tensão recursal) deve ser formulado no próprio recurso (art. 1019, I). Por outro lado, se a concessão ocorrer na própria sentença, com impugnação como um capítulo da apelação, o efeito suspensivo pode ser objeto do incidente previsto no art. 1.012, parágrafo 3º.

Não se pode esquecer que o CPC/15, atento ao contraditório substancial (arts. 9º e 10), consagra que, antes de decidir pelo não conhecimento do recurso, deve o relator dar oportunidade para o agravante corrigir, se for o caso, o vício processual (art. 932, parágrafo único, c/c art. 1.017, parágrafo 3º).

De outro prisma, entendo que a análise a ser feita pelo relator acerca dos requisitos para a tutela provisória do art. 300 do CPC/15 fará parte do *mérito* do recurso e não apenas da sua *admissibilidade*.³ A partir do momento em que o CPC/15 encerra o manuseio de agravo retido contra as interlocutórias de 1º grau e restringe as hipóteses de Agravo de Instrumento (art. 1.015), parece deixar claro que a apreciação dos requisitos para a concessão da tutela provisória faz parte do *mérito do agravo de instrumento*.⁴

Logo, a análise da presença dos requisitos do art. 300 do CPC/15 é feita no mérito recursal, com o seu provimento ou improvimento, dependendo do caso concreto. Não há espaço, no que tange à análise dos requisitos para a concessão da tutela provisória, para decretação, por exemplo, de inadmissibilidade do recurso de agravo de instrumento.

2 Tutela provisória de urgência na sentença – cabimento de apelação com pedido de efeito suspensivo *também* em relação a esse capítulo

O CPC/15, caminhando no mesmo sentido das reformas ocorridas no CPC/73, trouxe preocupação específica em relação às tutelas de urgência concedidas na própria sentença.

³ Altera-se, em parte, o posicionamento adotado anteriormente em Araújo (2006a).

⁴ Wambier (2006, p. 459, grifos nossos) entende que “nos casos de decisão que defere ou indefere liminares, saber se a decisão é ‘susceptível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação’ consiste no próprio mérito do recurso. Não haverá sentido, desse modo, em exigir-se que o agravante *demonstre* que se está diante de tal ‘decisão susceptível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação’, sob pena de se converter o agravo de instrumento em retido. Ora, em tal circunstância, *notando o relator do agravo de instrumento que não há urgência, será o caso de se dar ou negar provimento ao recurso, e não de convertê-lo em agravo retido*”.

Com efeito, o inciso VII foi acrescentado ao art. 520, do CPC/73, visando afastar o efeito suspensivo da apelação quando interposta contra sentença que confirmava a antecipação da tutela.

Na prática, vários questionamentos daí surgiram e foram objeto de apreciação específica pelo CPC/15, entre os quais, é possível destacar: quais os efeitos da apelação quando a sentença reforma ou cassa a tutela antecipada? Quais os efeitos do apelo quando a sentença é de improcedência e nada menciona acerca da manutenção da tutela antecipada concedida anteriormente? É mantida a tutela provisória quando a apelação contra sentença de improcedência é recebida no duplo efeito?

O CPC/15 tentou simplificar e responder a esses questionamentos com a inclusão do inciso V ao art. 1.012. De imediato, é importante mencionar que o *caput* desse dispositivo parece manter o regramento de que a apelação terá efeito suspensivo *ope legis*. Contudo, a tutela provisória (*de urgência e evidência*) servirá como um importante instrumento para a exequibilidade imediata das decisões de 1º grau.

Em relação à tutela de evidência, será demonstrado em momento posterior que o CPC/15 procura se afastar da regra geral de que a apelação terá efeito suspensivo (*especialmente no que diz respeito aos processos repetitivos*). De outro prisma, em relação à tutela de urgência, o legislador adota um regramento uniforme para três situações distintas: *confirmação, concessão ou revogação da tutela provisória na sentença gera a eficácia imediata do conteúdo sentencial, especificamente em relação ao capítulo objeto da tutela provisória*.

Uma premissa deve ser apresentada para a correta análise do art. 1.012, IV: a apelação, apesar de interposta no Juízo de piso, vai ser analisada, inclusive em relação aos seus efeitos, em 2º grau (art. 1.010, parágrafo 3º). Portanto, o pedido de efeito suspensivo (ou mesmo ativo) pode ser apresentado no próprio recurso ou no incidente do art. 1.012, parágrafo 3º.

Vejamos algumas variáveis que podem ocorrer no dia a dia forense: a) *dois pedidos cumulados, sendo um deles objeto de tutela provisória. Posteriormente, há sentença de improcedência com revogação da ordem anterior*; b) *um só pedido, com concessão de tutela provisória na sentença*; c) *Dois ou mais pedidos cumulados, com tutela provisória em relação a um deles. Posteriormente, é proferida sentença de procedência em relação a todos os pedidos e de improcedência no que respeita ao capítulo que foi concedida a tutela provisória, com revogação da medida*; d) *dois ou mais pedidos cumulados, com sentença de procedência em relação a todos os pedidos, mas com expres-*

sa revogação da tutela provisória anteriormente concedida, sob o argumento de que não estão presentes os requisitos excepcionais para a sua concessão; e) dois ou mais pedidos cumulados, com sentença de parcial procedência e expressa revogação da tutela antecipada anteriormente concedida em relação a um dos capítulos; f) improcedência sem que o Juízo do feito tenha se manifestado sobre a tutela provisória anteriormente concedida.

Uma coisa é certa: considerando a concentração e a unirrecorribilidade, o recurso de apelação é o instrumento para a irrisignação em qualquer hipótese envolvendo tutela provisória na sentença (art. 1.013, parágrafo 5º). Esse entendimento, aliás, já vinha sendo adotado também no CPC/73.⁵

Vejamos, agora, como enfrentar as situações recém-indicadas. As conclusões que apresento são as seguintes em relação a cada um dos itens: a) a sentença de improcedência afasta, como consequência natural, a eficácia liminar em relação a um dos pedidos. Eventual recurso de apelação não terá efeito suspensivo⁶ para afastar a exequibilidade da sentença e manter os efeitos

⁵ O estudo dos capítulos da sentença leva à conclusão de que é possível o recebimento da apelação em efeitos diferenciados em relação aos diversos capítulos recorridos. Ora, se de um lado ainda permanece a regra de que a sentença não tem eficácia imediata (art. 1012, do CPC/15), de outro, a tutela antecipada na sentença visa exatamente emprestar essa eficácia apenas ao capítulo antecipado. Em obra anterior já foi observado que, quando a tutela antecipada for concedida na sentença, “a apelação, nesse ponto, terá efeito apenas devolutivo, e ambos os efeitos, quanto aos demais aspectos da impugnação recursal” (ARAÚJO; SALGADO, 2005, p. 60).

⁶ Vale ressaltar que, a rigor, não é o recurso que é recebido no efeito suspensivo, mas sim mantém o estado de ineficácia da sentença. Logo, nos incisos do art. 1.013 do CPC/15, a interposição da apelação não afasta a eficácia imediata da sentença, mas não impede que seja emprestado efeito suspensivo judicial, como bem observa Cheim Jorge (2003, p. 250): “Portanto, longe e muito antes de o efeito suspensivo ser efeito do recurso, é uma técnica de segurança que retira a eficácia de uma decisão impugnável por recurso. Caso este seja interposto, apenas manterá um estado de ineficácia antes existente. Por isso é que se diz que o efeito suspensivo na verdade é *fenômeno ligado à decisão impugnada* e não ao recurso contra ela interposto”. No mesmo sentido, observa Medina (2002, p. 262, grifos nossos), citando dispositivos do CPC/73: “Na verdade, no caso não se está diante de efeito ‘suspensivo’, propriamente, porquanto a sentença suscetível de ser impugnada por meio de recurso de apelação, no sistema brasileiro, *não produz* efeitos, de modo que a apelação interposta apenas prolonga o estado de ineficácia em que se encontrava a sentença. Por isso, fala a doutrina em efeito obstativo, no caso. Segundo, efeito propriamente suspensivo somente ocorreria naqueles casos em que a apelação *em regra não tem efeito ‘suspensivo’*, mas se atribui efeito suspensivo à apelação por força do art. 558, parágrafo único, do CPC”. Orione Neto (2002, p. 127-128)

da tutela provisória anteriormente concedida. Nada impede que seja requerido o efeito suspensivo judicial (art. 1.012, § 3º) diretamente ao TJE ou TRF, considerando que o juízo de 1º grau não mais aprecia a admissibilidade do recurso (art. 1.010, § 3º). Trata-se, nesse caso, de *efeito suspensivo judicial à apelação*, para a continuidade dos efeitos da tutela provisória concedida e, posteriormente, revogada ou cassada. Não é cabível a discussão acerca da manutenção dos efeitos da tutela provisória, por meio de agravo de instrumento, em decorrência de expressa vedação legal e da própria unirrecorribilidade (art. 1.013, parágrafo 5º). A mesma conclusão (*possibilidade de apresentação de IPES – incidente de pedido de efeito suspensivo judicial – art. 1.012, § 3º, junto ao Tribunal*) deve ser defendida em relação ao item b.

Aliás, a única diferença entre os itens a e b gira em torno da sucumbência, visto que, enquanto no primeiro caso o recurso deve ser interposto pelo autor, com pedido de efeito suspensivo judicial para continuidade dos efeitos da tutela provisória, no segundo a apelação deve ser interposta pelo réu, com a apresentação do IPES visando obstar o cumprimento provisório do capítulo objeto de tutela provisória concedida na sentença.

Em relação ao item c: o efeito suspensivo legal do art. 1.013 apenas pode ser afastado se o caso concreto se enquadrar em um de seus incisos. Assim, exceto se o juiz, por exemplo, conceder tutela de evidência em relação aos capítulos que estão sendo julgados procedentes (o que será ratificado posteriormente), a apelação do réu deve ser recebida no duplo efeito pelo relator. Por outro lado, em relação ao capítulo que foi julgado improcedente e em que foi concedida a tutela provisória anterior, o recurso deve ser recebido apenas no devolutivo (art. 1.012, V).

manifesta-se sobre o assunto, afirmando que “é forçoso acreditar que a suspensividade respeita muito mais à recorribilidade da decisão do que propriamente ao recurso utilizado, na medida em que o efeito suspensivo tem, no plano processual, o seu termo *a quo* a partir do momento em que a sentença veio ao mundo jurídico; mais rigorosamente, a partir da sua publicação, sobrevivendo (o efeito suspensivo), pelo menos, até que transcorra o prazo para que o legitimado possa recorrer”. Também Giannico e Giannico (2002, p. 404) defendem que “a suspensividade está, na realidade, relacionada com a recorribilidade, porque o efeito suspensivo, na prática, tem início com a publicação da sentença e perdura, no mínimo, até que se escoe o prazo para a parte ou interessado recorrer (ou com a publicação da decisão que julga o recurso). Na realidade, neste interregno, a eficácia imediata da decisão fica sob a condição suspensiva de não haver interposição de recurso que deva ser recebido no efeito suspensivo, condição essa que se opera mesmo antes da interposição”. Ainda sobre o assunto, ver Barros Leonel (2006, p. 466 *et seq.*).

Caberá ao autor, outrossim, adotar a providência prevista no art. 1.012, § 3º para, com a concessão do efeito suspensivo judicial, poder manter os benefícios práticos decorrentes da tutela provisória anteriormente concedida.

Quanto ao item d: mesmo sendo vencedor, o autor poderá manejar apelação apenas para discutir a continuidade de eficácia da tutela provisória. Poderão, portanto, existir duas apelações: a do autor, impugnando tão somente o afastamento da eficácia da tutela provisória, sendo recebida só no efeito devolutivo e possibilitando o manejo do IPES (art. 1.012, § 3º), e a do réu, que será recebida no *duplo efeito*, tendo em vista que foi revogada a tutela provisória anteriormente concedida.⁷

Em relação ao item e: há a necessidade de divisão da apelação em capítulos⁸, sendo parte recebida no próprio TJE no duplo efeito e outra parte, apenas no devolutivo. Assim, a apelação de ambos os sucumbentes deve ser recebida no duplo efeito, exceto no que respeita ao capítulo que foi objeto da revogação da tutela antecipada.⁹ O sucumbente em relação a esse capítulo poderá utilizar o IPES visando à manutenção dos efeitos da tutela provisória com o recebimento da apelação no duplo efeito também em relação a essa parte recursal (art. 1.012, parágrafo 3º). O Enunciado 217 do Fórum Permanente de Processualistas Civis consagra: "(arts. 1.012, § 1º, V, e 311) A apelação contra o capítulo da sentença que concede, confirma ou revoga a tutela antecipada da evidência ou de urgência não

⁷ Aqui há a necessidade de uma observação. O art. 1.012, IV diz respeito a situação um tanto diferente. No exemplo acima, o recebimento apenas no efeito devolutivo da apelação do réu não ensejará o objetivo maior do dispositivo em questão – *que é dar eficácia imediata à sentença*. De fato, apesar da procedência dos pedidos cumulados, o Juízo do feito achou por bem revogar a tutela provisória. Logo, a apelação do réu não deve ser recebida apenas no efeito devolutivo, sob pena de afastar os efeitos da sentença e restabelecer os da tutela provisória expressamente revogada pela decisão final. Por outro lado, nada impede que o autor interponha a apelação apenas em relação ao capítulo que revogou a tutela provisória (art. 1.013, § 5º).

⁸ Vale ressaltar que o CPC/15 consagra a expressão *capítulos*, como, por exemplo, no § 1º do art. 1.013. Assim, apesar de ser um só recurso, a apelação poderá ser analisada de acordo com os múltiplos e diferenciados capítulos que a compõem, alguns sendo recebidos nos efeitos suspensivo e devolutivo, e outros, apenas no devolutivo. Em trabalho anterior, analisei o estudo dos capítulos e a preponderância do efeito devolutivo dos recursos. Sobre o tema, ver Araújo (2007).

⁹ "A possibilidade de execução imediata da medida confirmada ou meramente antecipada em sentença deve ficar restrita aos efeitos antecipados, suspendendo-se os efeitos da sentença em relação ao que estiver fora dos limites da antecipação" (BORRELLI NETO, 2005, p. 348).

terá efeito suspensivo automático (*Grupo: Ordem dos Processos nos Tribunais e Recursos Ordinários*)".¹⁰

Nada impede, outrossim, que um dos sucumbentes opte pelo recurso adesivo (art. 997, §§ 1º e 2º), que também será recebido em efeitos diferenciados – parte no duplo efeito e outra parte apenas no devolutivo.

Quanto ao último item, parece claro que a parte deve manejar embargos de declaração, para que o Juízo do feito expressamente se manifeste pela manutenção ou não da tutela provisória (art. 1.022 do CPC/15). Por outro lado, mesmo não existindo os aclaratórios, é razoável afirmar que a apelação do autor deve ser recebida apenas no efeito devolutivo, com efeitos imediatos da sentença que julgou o pedido improcedente.^{11 12}

3 Tutela provisória de evidência e seus momentos: esvaziamento do efeito suspensivo *ope legis* da apelação

Outro aspecto que merece ser destacado neste ensaio diz respeito aos momentos para a concessão da tutela de evidência e sua impugnação recursal.

Antes de mais nada, é mister ressaltar que, a rigor, a tutela de evidência já existia no CPC de 1973, como nos casos do art. 273, II e também nas ações de depósito.¹³

Portanto, o que fez o CPC/15 foi apenas ampliar as situações jurídicas em que a tutela provisória é concedida em decor-

¹⁰ O enunciado foi formulado com base na versão da Câmara dos Deputados, aprovada em 26 de março de 2014; na versão final do CPC-2015, a redação do dispositivo foi alterada. Na redação final, o termo “tutela antecipada”, tal como constava da versão da Câmara, foi substituído por “tutela provisória”; de outro lado, o termo “satisfativa”, que constava da versão da Câmara, foi substituído por “antecipada”.

¹¹ Por analogia, é possível aplicar o entendimento do Enunciado 405 de Súmula da Jurisprudência dominante do STF: “Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária”.

¹² Nada impede, por outro lado, que, apesar de julgar improcedente, o Juízo do feito expressamente ressalte a manutenção dos efeitos da tutela provisória. Existem outras variáveis que ultrapassam os limites deste trabalho. Indicam-se, entre outras, as seguintes obras, para aprofundamento do tema *tutela de urgência e efeitos da apelação*: Marinoni (2004); Spadoni (2002); Bueno (2007); Carneiro (2004); Ferreira (2000).

¹³ Ao comentar o art. 311 do CPC, Mitidiero (2015, p. 797) aduz: “A hipótese do inc. III consiste em permitir tutela antecipada com base no contrato de depósito – trata-se de hipótese que veio tomar o lugar do procedimento especial de depósito previsto no direito anterior. Estando devidamente provado o depósito (arts. 646 e 648, CC), tem o juiz de determinar a entrega da coisa”.

rência do alto grau de probabilidade, sem a necessidade de comprovação de urgência^{14 15}, como nos casos dos incisos II (*vinculação de precedente obrigatório – tese firmada em julgamento de casos repetitivos – art. 928 – ou em súmula vinculante*), III (documentada em contrato de depósito) ou IV do art. 311 (*prova documental suficiente sem contraprova documental suficiente*). A tutela de evidência, portanto, é importante instrumento visando ao efetivo alcance da duração razoável do processo (art. 4º do CPC/15 c/c art. 5º, LXXVIII, da CF/88), com a inversão dos males decorrentes do tempo do processo.¹⁶

Uma coisa é certa: se bem aplicado o dispositivo do art. 311, a grande maioria das demandas repetitivas permitirá a concessão da tutela de evidência, com a entrega do efeito fático ao autor independente de urgência e, com isso, esvaziando o efeito suspensivo *ope legis* do eventual recurso e invertendo o ônus decorrente do tempo do processo.^{17 18} Não se deve esquecer que, nas hipóteses dos incisos II e III, o pronunciamento judicial pode ser de forma liminar (art. 311, § único).

¹⁴ A rigor, a urgência está ligada à própria demora na prestação jurisdicional e não como requisito obrigatório para a tutela provisória de evidência. Sobre o tema (*urgência para a evidência*) ver Fux (1996, p. 306).

¹⁵ “Trata-se de uma **tutela provisória, mas não de urgência**, porquanto fundada exclusivamente na **evidência do direito, não se cogitando de periculum in mora**” (WAMBIER et al., 2015, p. 524).

¹⁶ No CPC/15, existem outros instrumentos, além das tutelas provisórias, que procuram alcançar a *efetiva duração razoável do processo*, como a mediação e conciliação, o contraditório substancial e fixação de ordem cronológica de conclusão. No tema, ver, com maior fôlego, Cabral (2013).

¹⁷ Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 427) escrevem que “a parte que postula com base em fatos provados por documento e que sejam semelhantes àqueles que ensejaram a criação de tese jurídica vinculante em tribunal superior – tese esta invocada como fundamento normativo de sua postulação – encontra-se em estado de evidência. Demonstra não só a improbabilidade de sucesso do adversário que se limite a insistir em argumentos já rejeitados no processo de formação do precedente, o que configuraria, inclusive, litigância de má-fé (por defesa infundada ou resistência injustificada, cf. art. 80, CPC). Não é razoável, assim, impor-lhe o ônus de suportar o tempo do processo sem usufruir do bem pretendido enquanto a parte adversa é beneficiada com a manutenção do *status quo ante*”.

¹⁸ Macedo (2015, p. 482) entende que “a tutela de evidência, nesse contexto, pode ser conceituada como técnica processual para a distribuição do ônus do tempo no processo, adequada para os casos em que há grande probabilidade de que a parte vitoriosa ao fim, ocasionando uma cognição bastante próxima da convicção de verdade, o que acaba por tornar injusto que a parte provável vencedora aguarde o tempo do processo sem usufruir o bem da vida, enquanto o sujeito que provavelmente não tem razão desfruta dele”.

Duas questões devem ser enfrentadas: qual o momento para a concessão da tutela provisória de evidência e os efeitos dos recursos eventualmente cabíveis.

Assim como a tutela provisória de urgência, a tutela de evidência também pode ser concedida (ou negada) no curso do processo – inclusive de forma liminar – art. 311, II, III e § único, desafiando o recurso de agravo de instrumento (art. 1.015, I), com o pedido de efeito suspensivo ou mesmo ativo no próprio recurso.

Por outro lado, uma situação que deve ser vista com muita cautela na prática forense diz respeito à sua concessão na própria sentença nos casos em que o julgado estiver fundamentado em caso repetitivo e com precedente obrigatório¹⁹, o que, como consequência, afasta o *efeito suspensivo automático da apelação* (art. 1.012, § 1º, V, c/c art. 1.013, § 5º, do CPC/15).

Com efeito, como consequência do sistema de estabilização dos precedentes (arts. 926-928 do CPC/15), deve o magistrado observar a necessidade de concessão de tutela de evidência no curso do processo ou mesmo na sentença, com a efetivação da ordem judicial independentemente da interposição da apelação. Apesar de a tutela provisória ser fundada em cognição sumária, nada impede que ela seja concedida na sentença prolatada com cognição exauriente.²⁰

Por outro lado, nada impede, como mencionado, que o apelante tente obter o efeito suspensivo judicial em relação ao capítulo da sentença que foi objeto de tutela de evidência, por meio do incidente previsto no art. 1.012, § 3º, do CPC/15. Esse IPES deve ser feito diretamente no órgão *ad quem*, que posteriormente irá apreciar a admissibilidade e os efeitos da apelação (art. 1.010, § 3º, do CPC/15), inclusive com a prevenção do relator (art. 1.012, § 3º, I, do CPC/15), ou, se a apelação já estiver no

¹⁹ Sobre *precedente obrigatório*, ver, entre outros: Ataíde Jr. (2012); Lopes Filho (2014); Marinoni (2010); Rosito (2012); Tucci (2004); Arruda (2006); Azevedo (2008); Dias (2004); Mancuso (2007).

²⁰ “De fato, trata-se de pronunciamento que teria sido normalmente concedido liminarmente, mas, por alguma razão, não foi. Agora, no momento da sentença, a cognição já é exauriente – ainda assim, o juiz pode conceder uma ‘liminar’ tardia, que não será mais uma liminar, mas um capítulo da sentença, em que se tutela a evidência (tardamente percebida), ou a urgência (de que o juiz se deu conta em momento adiantado do processo – melhor agora, do que nunca; ou, então, porque a urgência configurou-se depois do início do processo e antes da sentença). Então, o fato é que, ainda que soe estranho, **o juiz pode, sim, conceder tutela provisória na sentença**” (WAMBIER et al., 2015, p. 1445).

tribunal, deve ser formulado diretamente ao relator do recurso (art. 1.012, § 3º, II²¹).

A estabilização dos precedentes é, para o novo modelo processual, o caminho natural visando à superação da divergência interpretativa nos processos repetitivos.

É razoável afirmar, portanto, que a tendência interpretativa passa pela ampliação do caráter vinculante das decisões dos Órgãos Colegiados (Superiores e Locais). Nesse fulgor, o CPC/15 consagra que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente (art. 926).

Uma coisa é certa: a ampliação da força vinculante é uma realidade nos sistemas processuais tanto da *civil law* quanto da *common law*, pelo que não é correto afirmar que o termo *precedente* é ligado apenas a este último²² e, como consequência, o CPC/15 permite que seja concedida tutela de evidência para garantir a eficácia imediata da sentença, independentemente da interposição do recurso de apelação que, a rigor, não terá efeito suspensivo *ope legis* em relação a esse capítulo.²³ Nada

²¹ Melo (2015, p. 2242-2243), ao comentar o art. 1.012 do CPC/15 (item 4), assevera: “Os §§3º e 4º do art. 1012 do CPC/2015 cuidam do pedido de atribuição de efeito suspensivo à apelação receável apenas no efeito devolutivo (incs. I a VI do §1º do art. 1012 sob análise). A competência para a apreciação deste pedido será do relator do recurso, observando-se o estágio em que se encontre o processo: (i) se o pedido de atribuição de efeito suspensivo à apelação ocorrer entre a interposição da apelação e sua distribuição, deverá ser dirigido ao Tribunal em petição autônoma contendo o arrazoado necessário (petição de atribuição de efeito suspensivo à apelação), que será apreciada tão logo designado o relator (a rigor, dar-se-á a distribuição deste pleito de efeito suspensivo, tornando prevento para o julgamento da apelação o relator que for designado para sua apreciação); (ii) se o pedido de atribuição de efeito suspensivo à apelação ocorrer quando já distribuída a apelação, deverá ser dirigido ao relator desta”.

²² De acordo com as lições de Peixoto (2015, p. 158), “a categoria de precedente pertence à teoria do direito. Trata-se de noção fundamental para o funcionamento dos sistemas jurídicos, estando também relacionada com a teoria das fontes. Como destacado, tanto no *civil law*, como no *comum law*, existem precedentes, a diferença opera na importância a eles concedida por cada ordenamento jurídico”.

²³ Mais uma vez vale citar as lições de Didier Jr., Braga e Oliveira (2015, p. 428): “demais disso, a sentença final que confirma, concede ou revoga a tutela de evidência documentada fundada em precedente obrigatório é impugnável por *apelação sem efeito suspensivo* (cf. arts. 1013, §5º, e 1012, §1º, V, CPC). Essa é um das duas únicas hipóteses inovadoras de supressão de efeito suspensivo da apelação do CPC-2015. Inclusive, basta que o juiz conceda essa modalidade de tutela provisória no bojo da sentença para que a apelação seja despida de suspensividade. Torna-se, pois, uma *nova e importante* técnica de subtração do efeito suspensivo da apelação”.

impede, outrossim, que seja concedida tutela provisória de evidência no próprio recurso, se não tiver sido deferida em 1º grau, para afastar o efeito suspensivo da apelação, por decisão do próprio relator (art. 932, II, do CPC).²⁴

Fácil é perceber, portanto, que a verticalização e horizontalização do precedente²⁵ (da *ratio decidendi*) atingem sobremaneira os processos repetitivos e vários institutos processuais, entre os quais a tutela de evidência (arts. 927-928).

Em suma: se de um lado o *caput* do art. 1.012 indica que a apelação tem efeito suspensivo *ope legis*, de outro a concessão de tutela de evidência na própria sentença (*especialmente nos casos de precedentes obrigatórios que fundamentaram a decisão*), tem o condão de afastar esse efeito suspensivo. Claro que, se no caso concreto existir mais de um pedido, a retirada do efeito suspensivo apenas alcança o capítulo objeto da tutela de evidência, enquanto os demais estarão sujeitos aos efeitos previstos neste artigo.

Conclusão

Em face do exposto, é possível concluir que:

- a tutela provisória é tratada, de forma genérica, entre os arts. 294 e 311 do CPC/15 e possui citações em diversos outros dispositivos processuais, entre os quais: arts. 9º, § único, I; 69, § 2º, III; 519; 537; 555, § único, II; 919, § 1º; 932, II; 937, VIII; 969; 1.012, V; 1.013, § 5º; 1.015, I; e 1.059;

- de acordo com o *caput* do art. 300, os requisitos positivos são: a) probabilidade do direito; b) perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Já o requisito negativo, para a tutela de urgência antecipada, está previsto no § 3º do art. 300, a saber: perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão;

- nos casos de *deferimento* (ou *indeferimento*) da tutela de urgência no curso do processo, o prejudicado deve interpor o

²⁴ “Enunciado 423 do FPPC (arts. 311; 995, parágrafo único; 1.012, §4º; 1.019, inciso I; 1.026, §1º; 1.029, §5º) Cabe tutela de evidência recursal. (Grupo: Tutela de urgência e tutela de evidência)”.

²⁵ Não se deve confundir uma simples *decisão judicial com precedente*. Como bem observa Marinoni: “seria possível pensar que toda decisão judicial é um precedente. Contudo, ambos não se confundem, só havendo sentido falar de precedente quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010, p. 215.

recurso de agravo de instrumento (art. 1.015, I, do CPC/15). Ao analisar o recurso, poderá o relator adotar uma das seguintes providências, desde que estejam presentes os requisitos de admissibilidade recursal (art. 1.019): a) concessão de efeito suspensivo; b) antecipação da pretensão recursal; c) apreciação monocrática para negar provimento (art. 932, IV) ou, após o contraditório, dar provimento ao apelo (art. 932, V);

- a partir do momento em que o CPC/15 encerra o manuseio de agravo retido contra as interlocutórias de 1º grau e restringe as hipóteses de agravo de instrumento (art. 1.015), parece deixar claro que a apreciação dos requisitos para a concessão da tutela provisória faz parte do *mérito do agravo de instrumento*;

- em relação à tutela de urgência, o legislador adota um regramento uniforme para três situações distintas: *confirmação, concessão ou revogação da tutela provisória na sentença gera a eficácia imediata do conteúdo sentencial, especificamente em relação ao capítulo objeto da tutela provisória*;

- visando à correta análise do art. 1.012, IV, vale afirmar que a apelação, apesar de interposta no Juízo de piso, vai ser analisada, inclusive em relação aos seus efeitos, em 2º grau (art. 1.010, parágrafo 3º). Portanto, o pedido de efeito suspensivo (ou mesmo ativo) pode ser apresentado no próprio recurso ou no incidente do art. 1.012, § 3º;

- o CPC/15 ampliou as situações jurídicas em que a tutela provisória é concedida em decorrência do alto grau de probabilidade, sem a necessidade de comprovação de urgência, como nos casos dos incisos II (*vinculação de precedente obrigatório – tese firmada em julgamento de casos repetitivos – art. 928 – ou em súmula vinculante*), III (documentada em contrato de depósito) ou IV do art. 311 (*prova documental suficiente sem contraprova documental suficiente*). A tutela de evidência, portanto, é importante instrumento visando ao efetivo alcance da duração razoável do processo (art. 4º do CPC/15 c/c art. 5º, LXXVIII, da CF/88), com a inversão dos males decorrentes do tempo do processo;

- se o art. 311 for bem aplicado na prática forense, a grande maioria das demandas repetitivas permitirá a concessão da tutela de evidência, com a entrega do efeito fático ao autor independente de urgência e, com isso, esvaziando o efeito suspensivo *ope legis* do eventual recurso e invertendo o ônus decorrente do tempo do processo;

- uma situação que deve ser vista com muita cautela diz respeito à concessão da tutela de evidência na própria sentença nos casos em que o julgado estiver fundamentado em caso

repetitivo e com precedente obrigatório, o que, como consequência, afasta o *efeito suspensivo automático da apelação* (art. 1.012, § 1º, V, c/c art. 1.013, § 5º, do CPC/15);

- por outro lado, nada impede que o apelante tente obter o efeito suspensivo judicial em relação ao capítulo da sentença que foi objeto de tutela de evidência, por meio do incidente previsto no art. 1.012, § 3º, do CPC/15. Esse IPES deve ser formulado diretamente no órgão *ad quem*, que posteriormente irá apreciar a admissibilidade e os efeitos da apelação (art. 1.010, § 3º, do CPC/15), inclusive com a prevenção do relator (art. 1.012, § 3º, I, do CPC/15), ou, se a apelação já estiver no tribunal, deve ser apresentado diretamente ao relator do recurso (art. 1.012, § 3º, II);

- nos casos de apelação envolvendo mais de um capítulo, a retirada do efeito suspensivo apenas alcança aquele que foi objeto da tutela de evidência, enquanto os demais estarão sujeitos aos efeitos previstos no próprio art. 1.012 do CPC.

Referências

ARAÚJO, José Henrique Mouta. Notas sobre o efeito substitutivo do recurso e seu reflexo na ação rescisória. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 145, p. 9-23, 2007.

_____. O agravo e as mais recentes alterações processuais: alguns questionamentos. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006a. v. 10.

_____. Tutela antecipada, seus momentos e o meio recursal cabível diante das novas reformas processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 138, p. 130-139, 2006b.

_____; SALGADO, Gustavo Vaz. **Recursos cíveis** - manual sobre as alterações ocorridas na reforma processual. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2005. 3ª tiragem.

ARRUDA, Paula. **Efeito vinculante**: ilegitimidade da jurisdição constitucional. Estudo comparado com Portugal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ATAÍDE JR., Jadelmiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2012.

AZEVEDO, Marco Antonio Duarte. **Súmula vinculante**: o precedente como fonte de Direito. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, 2008.

BARROS LEONEL, Ricardo de. Revisitando a teoria geral dos recursos: o efeito suspensivo. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 466 et seq. v. 9.

BORRELLI NETO, Luís. Da antecipação da tutela em sentença e os efeitos do recurso de apelação (art. 520, VII, do CPC). In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 8.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Tutela Antecipada**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CABRAL, Antônio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de novo Código de Processo Civil. In: FREIRE, Alexandre et al (org.). **Novas tendências do processo civil** – estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 101-121.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Da antecipação de tutela**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CHEIM JORGE, Flávio. **Teoria geral dos recursos cíveis**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DIAS, João Luís Fischer. **O efeito vinculante**: dos precedentes jurisprudenciais: das súmulas dos tribunais. São Paulo: IOB Thomson, 2004.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Tutela provisória de evidência. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (coord.). **Tutela provisória**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 135-147.

FERREIRA, Wiliam Santos. *Tutela Antecipada no âmbito recursal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela de evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GIANNICO, Maricí; GIANNICO, Maurício. Efeito suspensivo dos recursos e capítulos das decisões. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 5.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. Salvador: Juspodivm, 2014.

MACEDO, Lucas Buril de. Tutela antecipada de evidência fundada nos precedentes judiciais obrigatórios. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos (coord.). **Tutela provisória**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 78-82.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência Jurisprudencial e súmula vinculante**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação de tutela**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

- MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução civil**: princípios fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MELLO, Rogério Licastro Torres de. Comentários ao art. 1012, do CPC/15. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 2215-2308.
- MITIDIERO, Daniel. Comentários ao art. 311, do CPC/15. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (coord.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- ORIONE NETO, Luiz. **Recursos cíveis**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- PEIXOTO, Ravi. **Superação do precedente e segurança jurídica**. Salvador: Juspodivm, 2015.
- ROSITO, Francisco. **Teoria dos precedentes judiciais** – racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012.
- SPADONI, Joaquim Felipe. Breves anotações sobre a tutela antecipada e os efeitos da apelação. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 6.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____ et al. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil** – artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

***Distinguishing* e o pedido de distinção: as convergências e divergências entre os institutos no novo Código de Processo Civil**

Vinicius Silva Lemos

Advogado

Mestrando em Sociologia e Direito pela UFF/RJ

Especialista em Processo Civil pela

Faculdade de Rondônia - FARO

Professor de Processo Civil

Coordenador da Pós-Graduação em

Processo Civil da Uninter/IFAP

Vice-Presidente do Instituto de Direito

Processual de Rondônia - IDPR

Membro da Associação Norte-Nordeste de

Professores de Processo - ANNEP

Membro do Centro de Estudos Avançados em

Processo - CEAPRO

Membro da Academia Brasileira de

Direito Processual Civil - ABDPC

Membro da Associação Brasileira de

Direito Processual - ABDPRO

RESUMO

Este artigo tem o propósito de apresentar os institutos do *distinguishing* e o pedido de distinção insertos no novo código de processo civil. Os conceitos, as inovações e a positivação desses institutos, que já existiam na prática, serão objeto de estudo detalhado e comparado, a fim de delimitar sua adequada aplicação.

Palavras-chave: *Distinguishing*. Decisão de Afetação. Precedentes Judiciais. Pedido de distinção.

ABSTRACT

This article has the purpose of presenting the distinguishing institutes and the request of distinction bearing inserts in the new code of civil procedure. The concepts, innovations and the patient faints of these institutes, which already existed in practice, will be the object of a detailed study and compared in order to delimit their proper application.

Keywords: Distinguishing. Decision of Affectation. Judicial precedents. Request of distinction.

Introdução

Neste momento de um novo Código de Processo Civil, importante a realização de estudos sobre as suas inovações e os impactos disso no cotidiano forense e na realidade processual.

No presente estudo, faremos uma análise sobre a fundamentação das decisões no CPC/2015, apresentando a nova dogmática decisória e os aspectos objetivos para delinear o que não se aceitará como uma sentença/decisão judicial fundamentada e, para adentrar no assunto, como a utilização ou não do precedente contribuirá para a formação e motivação de uma decisão.

O CPC/2015 criou critérios formais e delimitados para se utilizar, na decisão judicial, os precedentes, seja para aplicá-los, superá-los ou para distingui-los. Diante destas três possibilidades de técnicas de aplicação de precedentes, o juízo deve proceder à análise para fundamentadamente decidir-se pela utilização ou não do precedente na decisão judicial.

Entretanto, a distinção, dentro de sua positivação pelo CPC/2015, tem diversas facetas, com diferentes conceitos e momentos processuais. Aqui, restringimos dois institutos que servem para promover a distinção de matérias entre os processos a serem julgados e os precedentes, existentes ou a serem formados: *distinguishing* e o pedido de distinção.

Primeiramente, um estudo de conceituação de cada um dos institutos, para entendimento de suas limitações, como a legitimação, o momento processual e as consequências de cada um. Em muitos momentos, os institutos terão o mesmo significado e serão sinônimos, em outros, as funções e momentos são diversos, ocasionando um afastamento entre ambos.

Após a explanação sobre cada instituto, pertinente realizar um comparativo entre ambos, com os aspectos que os aproximam, as suas semelhanças e momentos de convergências, bem como, posteriormente, salientar o que lhes diferencia, com outros momentos e utilidades processuais, resultando numa divergência de significados entre os institutos.

1 Novo código e a fundamentação da decisão

Um novo momento processual. A nova codificação traz consigo diversas inovações no procedimento, preocupando-se em possibilitar ao jurisdicionado uma prestação jurisdicional melhor,

não somente no sentido da celeridade processual, mas no entendimento macro de todos os argumentos da decisão.

Com isso, a nova lei delimitou as maneiras em que a decisão judicial se considerar-se-á como fundamentada, criando parâmetros objetivos para a prática do artigo 93 da Constituição Federal. O regramento sobre a fundamentação na formação da sentença já constava na antiga codificação, todavia sua forma era totalmente subjetiva, somente requerendo a existência de uma fundamentação, sem delinear ou delimitar como se proceder-se-ia em cada decisão.

Se houvesse uma mera menção a lei, artigo de lei, jurisprudência ou súmula, ainda que sem argumentos pormenorizados, teoricamente, a decisão estaria fundamentada. Entretanto, seria isso o que a Constituição determina como fundamentação? O legislador processual, nesta codificação, entendeu que não.

A nova lei trouxe requisitos essenciais e critérios objetivos sobre a fundamentação, ampliando também para toda e qualquer decisão judicial, desde a sentença ou o acórdão, mas qualquer decisão interlocutória.

Esses requisitos estão presentes no artigo 489, § 1º delineando a forma que o legislador entendeu como essencial para chamar-se de fundamentação judicial, utilizando uma técnica por vezes inversa, esboçando requisitos que não podem constar numa decisão, que, neste caso, restaria como não fundamentada.

A fundamentação como condição de validade das decisões judiciais decorre de exigência expressa da vigente Constituição Federal, como acima ficou esclarecido. E nem seria necessário explicar em que consiste a fundamentação de uma decisão judicial, não houvesse a prática adotada por muitos julgadores, infelizmente, consagrando entendimentos inadmissíveis a respeito do assunto. [...] O novo Código de Processo Civil, ao exigir fundamentos como parte essencial, e indicar expressamente, no 1º do art. 489, acima transcrito, as hipóteses nas quais qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, considera-se não fundamentada, deixou fora de qualquer dúvida que os equívocos consagrados pela prática jurisdicional a esse respeito não podem continuar a serem praticados (MACHADO, 2015, p. 72/74).

Uma maneira antagônica de conceituação, de forma a delimitar o que não é fundamentação, consequentemente, sabendo-se o que não pode constar/realizar numa decisão. Se a lei diz o que não é fundamentação, o caminho inverso explica o que encaramos como fundamentação.

Esse dispositivo é um dos mais importantes da nova codificação, uma disposição objetiva de fundamentação. Num mundo perfeito, com a simples previsão legal constitucional, a decisão judicial já seria respeitada em sua fundamentação, com toda uma construção analítica processual, respondendo todas as teses jurídicas, seguindo ou analisando os precedentes e pormenorizando os fatos e suas consequências no direito.

Infelizmente, há exageradas lacunas no cotidiano forense nesta subjetividade da fundamentação, com a necessidade de um microsistema de explicação da fundamentação.

Dessa forma, almeja-se com esse dispositivo uma melhoria na decisão judicial, justamente para corresponder aos anseios constitucionais, tanto quanto aos anseios dos procuradores e, mais importante, das partes. Talvez, possamos imaginar que o código preocupou-se em positivar o óbvio, porém essa necessidade nasce do cotidiano processual forense quando, tristemente, encontram-se repetidamente diversas decisões judiciais generalizadas, com argumentos desconexos com a situação em questão ou omissos, com lacunas evidentes na prestação jurisdicional.

A necessidade da fundamentação, chamada de analítica, é evidente, justamente por essa reiteração de decisões com argumentos quase que vazios. O artigo 489, § 1º elenca requisitos como não se aceitar a simples indicação de norma, sem a devida explicação da correlação desta referida com a questão posta em juízo, tampouco pode se considerar fundamentada uma decisão em que o juízo utiliza conceitos jurídicos indeterminados (exemplos, “ausente a boa-fé”, “ocorrendo a imprevisibilidade” etc.), sem explicá-los ou relacioná-los devidamente com o caso em questão na demanda.

Deve-se sublinhar que os dispositivos [...] dizem respeito não só à sentença, mas a quaisquer decisões judiciais. Quando se estuda a motivação da decisão, na verdade, o que se estuda é o que aparece na decisão, que seria uma espécie de “fachada”, mas, mesmo assim, é interesse estudar esse fenômeno, já que representa, pelo menos, o que é compreendido como satisfatório para figurar como fundamento da decisão, em face das exigências do dado sistema (WAMBIER et al., 2015, p. 793).

Outra preocupação consta na impossibilidade de invocar-se motivos que servem para basear qual decisão, de maneira genérica, (exemplos, “presentes os requisitos para a concessão”, “ausente a demonstração do direito” etc.) sem delinear os motivos

pelo qual o juízo encontra aqueles pontos ou requisitos no caso para proceder daquela maneira.

A preocupação em delimitar-se essas situações passa por almejar-se uma prestação jurisdicional mais explicativa, com uma visualização pela parte da análise realizada naquele caso, com a relação entre os fatos do caso e a norma que lhe é aplicada.

O juízo deve também enfrentar todas as teses jurídicas que as partes invocaram na demanda, seja para a procedência ou a improcedência, com a necessidade de discussão sobre a matéria, mesmo que seja somente para negá-la.

Impensável aceitar-se que as partes formulem argumentações jurídicas que não terão respostas judiciais. Seria autorização – como acontece hoje – para uma não prestação jurisdicional. Uma legalidade de algo ilegal.

Não é o caso, assim, de deixar de pronunciar a nulidade. Na verdade, a questão é que, mesmo anulando a sentença, não serão os autos mais remetidos à instância originária, podendo o tribunal, desde logo, apreciar o *meritum causae*. A questão, repita-se, diz respeito à supressão de uma instância em favor de se obter um julgamento definitivo em menor espaço de tempo. É importante ter em vista a necessidade de que, efetivamente, a nulidade seja pronunciada pelo tribunal *ad quem* nestes casos até mesmo em observância à correta técnica de julgamento nos órgãos colegiados. Parece-nos que, para aplicar o disposto no art. 1013, §3º, IV, do Novo CPC (como, *mutatis mutandis*, todas as demais hipóteses de “causa madura”), o tribunal deve, antes de tudo, (i) anular a sentença por deficiência de fundamentação. Posteriormente, deve haver nova deliberação a respeito (ii) da possibilidade de julgamento imediato do mérito, pela desnecessidade da produção de outras provas e, em caso positivo, (iii) devem os julgadores, finalmente, proceder à análise do *meritum causae* (SIQUEIRA, [ca. 2014], não paginado).

A parte não pode ficar processualmente desamparada, sem a resposta judicial sobre cada ponto de sua argumentação jurídica, inadmissível, processualmente, aceitar-se uma situação assim. O intuito é verificar que toda tese jurídica levantada pelas partes deve ser enfrentada, para, somente dessa forma, alcançar-se uma efetiva e qualificada prestação jurisdicional.

1.1 A fundamentação e o precedente judicial

A tendência exposta na nova codificação foi pela valorização do precedente judicial, uma tentativa de mudança

dogmática na fundamentação jurídica, com uma integridade maior das decisões judiciais com um respeito ao que se decidiu, primando pela segurança jurídica.

Imagine-se que o juízo de primeiro grau e os tribunais devem respeitar e, nos limites de sua inferioridade hierárquica, seguir os precedentes judiciais firmados em tribunais superiores, um respeito ao microsistema de formação de precedentes, prestigiando-se a coerência, integridade e a segurança jurídica, bens imensuráveis processualmente.

Ao respeitar-se o decidido nos tribunais superiores, com a sua aplicabilidade para os casos idênticos posteriores, prioriza-se a segurança jurídica para a sociedade, para aquele jurisdicionado em cada caso similar existente ou futuro, bem como um todo socialmente, ciente de que naquela situação a decisão judicial tem um parâmetro normativo de precedente.

O mesmo artigo 489, § 1º dispõe que na fundamentação não se pode, quando houver um precedente sobre a questão: “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” ou “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.”

Esses dois dispositivos regulamentam a fundamentação da decisão e a devida utilização do precedente. Na primeira hipótese, há a indicação de que ao entender o juízo que aquela situação de determinado processo parece similar com um julgado anterior, com a possibilidade de utilização de determinado precedente, deve fundamentar-se, de maneira pormenorizada, sobre a similitude fática e jurídica entre os casos – do processo em questão e o precedente – para que as partes verifiquem e entendam a construção jurídica realizada, seja em direito material ou processual, pelo juízo que autorize a aplicabilidade do precedente judicial naquela situação. Não se permite que o precedente seja utilizado sem uma explicação fundamentada que o interligue ao caso em que pretenda utilizar a mesma solução jurídica normativa constante no precedente.

A primeira, de índole objetiva, toca ao comando “dever” que, por certo, depreende-se da inteligência do dispositivo em comento, ao dispor que juízes e tribunais observarão ditas decisões, enunciados, acórdãos, súmulas, orientações a que os próprios incisos do art. 927 prestam conta. Logicamente, dito respeito não se faz às “cegas”! Como bem dita o §1º. do próprio art. 927, ao decidir sob o manto do que estabelece os

incisos supracitados, deverá o órgão julgador subordinar-se às exigências dos arts. 10 e 489, §1º., estes responsáveis pelas balizas relativas à correta validade dos fundamentos das decisões, prevendo o respeito à oportunidade das partes de terem se manifestado sobre o que se fulcrará como base da fundamentação, isso no decorrer da marcha processual (art. 10), bem como se limitar a invocar “precedente” ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos e ainda, deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou “precedente” invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, *ex vi* do art. 489, §1º., V e VI (GAIO JR., [ca. 2014], não paginado).

Todo precedente tem uma *ratio decidendi*. A formação de um precedente não está em sua parte dispositiva. O importante é a sua fundamentação quanto à tese jurídica, a construção cognitiva daquela questão jurídica anterior, julgada naquela demanda que gerou o precedente. O ato de decidir não é o que forma o precedente, mas o caminho que se levou para chegar à convicção da decisão. Isso é o que forma e o que importa para a aplicabilidade futura.

O que seria essa *ratio decidendi*? A definição do conteúdo e dos limites da decisão. Numa tradução informal, as razões de decidir.

Segundo Deflorian apud Gordon, a *ratio decidendi* consiste no princípio do direito com base no qual o caso é decidido. Nas palavras de Tucci, a *ratio decidendi*, “constituem a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto”. A *ratio decidendi* envolve questões levantadas no processo que foram fundamentais para a formação da decisão judicial (SOARES, 2014, p. 49).

Toda e qualquer decisão cria uma norma jurídica, a interpretação do juízo sobre a relação *fato x lei*. O resultado da decisão é a norma jurídica almejada para a resolução do conflito de interesses tutelado pela jurisdição. Essa norma criada pelo ato de julgar se limita às partes, àquela solução jurídica para o caso em concreto posto em juízo. No entanto, há outra norma criada na decisão, com conteúdo universal, que ultrapassa os limites da lide e que não está na parte dispositiva, mas na sua fundamentação.

É nesse ponto da decisão que o juízo traça um caminho de delimitação, com a análise dos pontos fáticos que estão em julgamento, as intersecções jurídicas afeitas ao caso concreto, é nesse

ponto que se encontra a *ratio decidendi*. A interpretação dos fatos e sua relação com o direito existente resultam numa norma jurídica criada no julgamento, não limitada às partes, por não constarem da decisão, da parte dispositiva, contudo perfazem uma linha de fundamentação para construir o pensamento jurídico que embasa o resultado final. Dessa forma, a *ratio decidendi* é "tese jurídica acolhida, no caso concreto, pelo julgador, sendo composta por 03 elementos: (i) indicação dos fatos relevantes da causa (*statement of material facts*); (ii) raciocínio lógico-jurídico da decisão (*legal reasoning*); e (iii) juízo decisório (*judgement*)" (REDONDO, 2014, p. 174).

Quando se utilizar o precedente – e também o enunciado de uma súmula – pelo teor do artigo 489, § 1º, V, o juízo deve, fundamentadamente, relacionar as causas que interligam o que se pretende decidir com o que já foi decidido, o conteúdo da *ratio decidendi* do precedente. Há a necessidade de interligação entre o precedente e o caso em julgamento e, além dessa interligação, há o dever da demonstração pelo juízo do enquadramento dessa interligação.

O respeito ao precedente não passa pela sua utilização de qualquer maneira, sem um regramento. Para uma real respeitabilidade ao precedente, o juízo deve, ao invocar a utilização deste, delinear claramente os motivos e razões de identidade entre a *ratio decidendi* do precedente e as questões fático-jurídicas existentes naquela demanda a se julgar.

Somente utilizar de forma automática um precedente, sem maiores explicações ou interligações entre a causa e a *ratio decidendi*, invalida totalmente a decisão, com uma total omissão quanto à fundamentação.

Na outra hipótese, em sentido inverso, há o dever do juízo, no momento de sua cognição, em analisar o precedente existente sobre a matéria, não podendo, quando existir um posicionamento preexistente, ignorá-lo, simplesmente deixando-o de lado. Exige-se aqui dois pontos: uma vinculação ao precedente se houver identidade ou realizar-se fundamentadamente a superação, seja por distinção ou por revogação.

Não se admite, de forma nenhuma, que exista um precedente e o juízo, qualquer deles, decida uma questão idêntica ou parecida, sem qualquer manifestação sobre aquele precedente. Como decidir sobre determinada matéria, sem a análise pormenorizada do precedente? Há essa necessidade, esse dever de análise sobre o precedente, ainda que seja para contemplar a sua não utilização, devendo ser, de toda forma, objeto da análise para construção da fundamentação.

O dispositivo legal, neste momento, prima pela necessidade de o juízo analisar os precedentes parecidos com aquela situação do caso, com uma necessária cultura de vinculação, seguindo o teor da decisão anterior, quando enquadrado fática e juridicamente àquela situação. Somente deve deixar de seguir o precedente se houver a distinção de conteúdo entre o caso e a *ratio decidendi* ou a superação do precedente por não conter mais validade social ou jurídica em sua aplicabilidade. Sem qualquer dessas hipóteses, o precedente, vinculante ou não, deve ser respeitado e, de certa forma, seguido.

Uma decisão judicial que ignora um precedente, sem qualquer menção ou vislumbre de sua existência, decidindo somente por outros argumentos, ainda que legítimos, comete uma ausência de fundamentação. O precedente sobre determinada matéria é, como vimos, uma norma que interliga o caso em concreto e a aplicabilidade da norma, com poder vinculante ou poder persuasivo. Se, para uma situação fática idêntica ou parecida, já temos um trabalho cognitivo argumentativo de um tribunal sobre a questão, com o enfrentamento de diversos pontos e matérias, por qual motivo o juízo deve ou pode simplesmente ignorá-lo? Evidentemente que não.

Pertinente que o juízo enfrente a adequação daquele precedente judicial existente para aquela situação colocada na demanda, com a fundamentação, seja pela sua utilização ou, principalmente, pela sua não utilização. O juízo deve julgar conforme uma construção jurídica para aqueles fatos determinados. Se o Judiciário, em uma instância superior, tem julgados com todo um enfrentamento jurídico sobre a questão, com ainda validade e pertinência social e legal, por qual motivo o juízo seria autorizado a ignorá-los? Nenhum. Deve utilizar o precedente em sua fundamentação, notadamente.

Em qualquer dessas hipóteses, há uma notória necessidade de fundamentar-se sobre o precedente judicial. Decidir sem considerar-se o precedente, com total ignorância, simplesmente deixando-o de lado, como se houvesse uma total liberdade judicial para a decisão, evidentemente configura uma ausência de fundamentação. Deve-se, dentro do ordenamento jurídico, respeitar-se o precedente judicial, seja na qualidade de explicar-se o motivo de deixar de utilizá-lo ou quando for possível essa utilização por sua identidade com o caso em questão.

2 Distinguishing

Uma vez formado o precedente, em suas diversas formas, com a definição da sua *ratio decidendi*, quando algum juízo es-

tiver diante, num momento posterior, de uma ação possivelmente idêntica, para visualizar a aplicação, ou não, do precedente, se faz necessária a comparação entre a *ratio decidendi* do precedente com os fatos inerentes a esse caso. Para a aplicação de um precedente, há a necessidade de congruência entre a *ratio decidendi* do precedente com o conjunto fático daquela causa. Somente com a equiparação dos "*fundamentos jurídicos que sustentam a decisão*" do precedente e a situação fática daquele processo em julgamento consegue-se decidir se há relação entre ambos que permita a aplicabilidade do precedente (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 442).

O resultado dessa equiparação leva a alguns caminhos, o mais importante seria culminar na aplicabilidade do precedente nesse novo processo. Entretanto, há a possibilidade da incongruência entre os fatos dessa ação com a *ratio decidendi* do precedente firmado. Nessa situação, não há a possibilidade de utilização do precedente por não haver um enquadramento da situação processual com a situação do precedente, sem enquadramento correto, há uma distinção, uma diferença entre os casos, o que leva à recusa do juízo em aplicar o precedente.

Não há, no entanto, uma recusa ao precedente por sua validade. A não utilização do precedente é por não servir como base para aquela demanda, por diferença de fatos ou de matérias. O juízo não discorre em nenhum momento sobre a validade do precedente, somente houve uma tentativa de aplicação, com a eventual impossibilidade de utilização.

Mais do que isso, ao se afastar de determinado precedente por ocasião de eventual distinção, não se está a questionar sua validade, eficácia, legitimidade ou a hierarquia do tribunal que o formou, mas apenas a afirmar que se trata de direito não aplicável à espécie. Até mesmo por isso é que, diferentemente do overruling, a distinção (*distinguishing*) pode ser realizada independentemente do nível hierárquico dos órgãos prolatadores da decisão e do precedente (NUNES; HORTA, 2015).

A superação do precedente ocorre pela sua não aplicabilidade para aquele caso em concreto por divergência nos fatos entre o precedente e a demanda. O direito anglo-saxão concede o nome de *distinguishing*. Na tradução que o próprio código concede ao delimitar um pedido da parte da aplicabilidade do instituto no artigo 498, § 1º, VI, chega-se ao nome de distinção.

Uma autêntica distinção do caso em concreto com o precedente. Há uma recusa na utilização do precedente? Sim, a recu-

sa, nesta hipótese, ocorre por ausência de correspondências entre os casos, a *ratio decidendi* do precedente e a ação julgada com a aplicação da distinção. Além da técnica de julgamento de superação de precedentes, cabe também às partes alegarem a distinção, com a demonstração ao juízo da diferença existente e da inaplicabilidade daquele precedente.

Evidente que para a utilização do *distinguishing*, ou distinção, o juízo deve, de forma fundamentada, delinear as diferenças entre a *ratio decidendi* do precedente, com a ação que está a julgar, demonstrando, de forma clara, que não há razoabilidade e congruência para a aplicação do precedente, afastando-o. Sobre essa matéria, o Fórum Permanente de Processualistas Civis editou o Enunciado n.º 306, dispondo sobre a utilização do *distinguishing* que “o precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa”.

Por essa necessidade de comparação entre a *ratio decidendi* e cada caso parecido posterior ao precedente, o conteúdo e delimitação da *ratio decidendi* devem ser o mais perfeitos e claros possível.

Quanto melhor e maior a clareza de identificação da *ratio decidendi*, mais fácil e evidente fica aos juízos inferiores em casos posteriores a utilização do precedente. Uma eventual *ratio decidendi* mal delimitada ou confusa ocasiona possíveis aplicabilidades errôneas do precedente em casos análogos futuros, quando, na verdade, seriam casos para realizar o *distinguishing*.

Pertinente uma análise minuciosa, pelo juízo da ação futura, para a aplicação correta do precedente e, se necessário, a utilização do *distinguishing* para afastar os precedentes em casos com situações diversas daquelas delimitadas pela *ratio decidendi*.

Não há no *distinguishing* uma invalidação ou revogabilidade do precedente, tampouco análise sobre a sua inutilidade. O juízo somente se debruça sobre a análise cuidadosa sobre os fatos e o precedente, com a sua *ratio decidendi*, com o cuidado na aplicação da tese firmada. Se a decisão for pela não utilização do precedente, vale somente para aquele caso, com aquele conjunto fático probatório, com a permanência total da validade do precedente para os casos em que a *ratio decidendi* for coincidente.

3 O *distinguishing* e a distinção: sinônimos?

O *distinguishing* como técnica trazida pelo *common law* é uma forma de fundamentação da decisão judicial quando se enfrenta um precedente, realizando a análise comparativa com as questões e limites fáticos daquela demanda. O intuito é, num primeiro momento, comparar a *ratio decidendi* do processo a ser julgado com a do precedente paradigmático, para, após, o co-tejo analítico concluir se há ou não possibilidade de utilização e enquadramento.

Em caso positivo, utilizar-se-á o precedente como base motivacional decisória. No sentido inverso, a utilização serve para distinguir as questões comparadas, afastando o precedente para concluir que as matérias – do processo e daquele precedente – não guardam semelhanças entre as *ratios decidendi*. Sem enquadramento material, o caminho é decidir por não utilizar o precedente, por não servir para a resolução daquela demanda em específico.

No CPC/2015, a palavra distinção aparece no artigo 498, § 1º, VI, como forma de fundamentação, como já vimos, após o juízo verificar a existência de um precedente, decidir por utilizá-lo, superá-lo ou distingui-lo. Nesta última hipótese, situação e momento processual, a palavra distinção tem o mesmo significado do *distinguishing*, não guardando nenhuma diferença, sendo somente a tradução da palavra do instituto do direito *common law* para a positivação do novo ordenamento processual.

A distinção não é uma novidade diante do judiciário brasileiro, bem como no *civil law*, somente houve a positivação e regulamentação do instituto, organizando-o como técnica de fundamentação da decisão, como preconizado no artigo 498, § 1º, VI; um grande avanço na sistemática decisória.

4 O *distinguishing* e o pedido de distinção: institutos diferentes?

O *distinguishing*, como já explanado, está disposto na comparação analítica entre as *ratios decidendi* do processo e do precedente para que o juízo, ao decidir, deixe de seguir a orientação do precedente por não coincidência fática material, afastando-o por este motivo, sem adentrar-se na validade ou superação/revogação do precedente.

Desse conceito verifica-se a presença de alguns elementos: processo a ser julgado, precedente suscitado, análise judicial e afastamento por não enquadramento.

Já o pedido de distinção é o mesmo que o *distinguishing*? Depende do momento de sua utilização e qual o mérito desse pedido. Delinearemos duas situações.

4.1 O pedido de distinção como argumentação postulatória – inicial, contestação, impugnação ou alegações finais

Quando a parte – quaisquer delas – utilizar a distinção como argumentação para refutar um precedente, por vezes suscitado pela outra parte ou mencionado pelo juízo, mencionando que não há congruência das situações fáticas e jurídicas deste processo com aquele que serve como base comparativa, com o requerimento pela desconsideração do precedente no momento da cognição decisória, há uma das espécies de pedido de distinção.

Nessa possibilidade, o pedido de distinção tem o mesmo significado que um pedido pelo *distinguishing*, já que a parte pleitearia ao juízo para, quando for sentenciar ou eventualmente decidir de maneira interlocutória, proceda ao afastamento do precedente, com base no disposto no artigo 498, § 1º, VI, distinguindo as situações.

O intuito da parte, aquela que assim pleiteia, é demonstrar, diante do argumento comparativo entre os casos, que a sua conclusão mais correta seria no sentido do afastamento, o que leva ao pedido de igual maneira.

4.2 A decisão de afetação e a suspensão dos processos de identidade material

Para um melhor entendimento, a decisão de afetação é aquela em que o tribunal, geralmente o superior, profere uma delimitação da matéria sobre a qual formará um precedente num julgamento por amostragem, num recurso ou incidente em rito repetitivo.

A importância dessa decisão é enorme para a formação de um precedente. Se o formato do julgamento será num rito por amostragem, com a resolução de um ou alguns processos, para, após, servirem de base para os demais processos idênticos, é de suma importância que antes do início desse rito seja proferida a decisão de afetação da matéria, com a delimitação de quais pontos materiais têm a relevância para as espécies de julgamento diferentes do normal e, conseqüentemente, os limites fáticos materiais do futuro precedente.

[...] o relator, na decisão de afetação, identificará a questão/as questões a ser(em) submetida(s) a julgamento, determinando a suspensão dos processos,

quaisquer que sejam e quaisquer as fases em que se encontrem, agora em todo território nacional e poderá requisitar aos presidentes ou aos vice-presidentes dos Tribunais de Justiça ou dos Tribunais Regionais Federais a remessa de um recurso representativo da controvérsia (WAMBIER et al., 2015, p. 1514).

A decisão de afetação será o parâmetro comparativo entre aqueles processos representativos da controvérsia – aqueles escolhidos para serem julgados – e todas as demais demandas idênticas existentes no Judiciário regional ou nacional; uma autêntica baliza fática material.

Uma vez delineada a matéria pela decisão de afetação, o próximo passo, ainda pelo relator, é determinar que “haja a suspensão dos demais processos que estejam em curso no Brasil, e que versem sobre a mesma questão de direito” (WAMBIER et al., 2015, p. 1516).

A decisão de afetação realizada pelo relator – do tribunal superior ou de segundo grau – delimitou a matéria e os fatos repetitivos e determinou a suspensão de todos os processos idênticos no âmbito territorial que lhe competem, estadual ou federal. O próximo passo é do juízo em primeiro grau, a quem compete, neste momento, a verificação da similitude fática entre a matéria determinada como afetada e aquele processo, com duas possibilidades: suspender pela similitude fática e material, aguardando a decisão do tribunal, ou não suspender, pela ausência de enquadramento fático e material entre os limites da afecção e aquele processo.

Chegamos, então, ao ponto de início das divergências entre o *distinguishing* e a distinção feita pelo juízo, nesta ocasião. Não há, ainda, precedente a ser comparado, somente uma decisão embrionária de afetação da matéria e pedido para que suspenda todos os processos de igual matéria de forma preventiva.

Na hipótese de o juízo optar pela suspensão do processo em primeiro grau, ainda não há o precedente formado, há somente uma expectativa futura de que este existirá, contudo, nesta demanda, a análise feita para culminar na suspensão foi pelo enquadramento material a uma decisão de afetação, o que já o difere da possibilidade de *distinguishing*, nesta situação, como técnica de superação de precedente,

Se, por outro lado, o juízo não enquadrar o processo com matéria parecida naqueles que serão suspensos, essa distinção seria idêntica ao *distinguishing*? Não, por dois motivos. Primeiro, se o juízo de primeiro grau, ao ser cientificado da decisão de afetação, não visualizar naquele processo um enquadramento

material, nem decidirá no processo, simplesmente prosseguirá com o trâmite. Outro motivo é pelo simples fato de que não existe ainda um precedente para aquela matéria. A comparação do processo, de maneira preventiva, é realizada entre um processo de primeiro grau e um recurso representativo da controvérsia ou um incidente repetitivo, não com um precedente. Se o juízo não suspendeu o processo, não realizou o *distinguishing*, mas, sim, uma distinção diversa deste instituto.

4.3 O pedido de distinção como pleito de retirada da suspensão do processo por rito ou incidente repetitivo

Se o juízo de primeiro grau, ao ter ciência da decisão de afetação, decide pelo enquadramento material, com a devida suspensão do processo sob sua competência, o teor decisório impacta as partes, tanto o autor como o réu daquela demanda.

Nesse caso, cabe às partes analisarem a decisão de afetação dada em rito repetitivo, comparando-a com a matéria de seu processo, em primeiro grau. Se houver coincidência material, não há nada o que ser feito, a não ser esperar pelo desfecho do julgamento repetitivo e posterior aplicabilidade do precedente a ser formado em sua demanda.

No entanto, em outro sentido, ao visualizar uma inconsistência entre as matérias – afetada e a do processo em primeiro grau – podem realizar o pedido de distinção. Se o processo estiver em primeiro grau, ao juiz da causa, se em segundo grau, ao relator do recurso sobrestado, se em tribunal superior, também ao relator do recurso sobrestado. Independe, portanto, do juízo em que estiver o processo.

A distinção foi regulamentada no CPC/2015 no artigo 1.037, § 8º a § 10.¹ Quando qualquer das partes entender que o seu pro-

¹ “Art. 1.037. [...] § 8º As partes deverão ser intimadas da decisão de suspensão de seu processo, a ser proferida pelo respectivo juiz ou relator quando informado da decisão a que se refere o inciso II do caput.

§ 9º Demonstrando distinção entre a questão a ser decidida no processo e aquela a ser julgada no recurso especial ou extraordinário afetado, a parte poderá requerer o prosseguimento do seu processo.

§ 10. O requerimento a que se refere o § 9º será dirigido:

I. ao juiz, se o processo sobrestado estiver em primeiro grau;

II. ao relator, se o processo sobrestado estiver no tribunal de origem;

III. ao relator do acórdão recorrido, se for sobrestado recurso especial ou recurso extraordinário no tribunal de origem;

IV. ao relator, no tribunal superior, de recurso especial ou de recurso extraordinário cujo processamento houver sido sobrestado.

§ 11. A outra parte deverá ser ouvida sobre o requerimento a que se refere o § 9º, no prazo de 5 (cinco) dias.”

cesso não tem coincidência com a questão de direito mencionada na decisão de afetação, deve requerer a distinção do seu caso, seja em recurso ou incidente repetitivo, em requerimento próprio dirigido ao juízo responsável pelo processo e pelo sobrestamento.

O intuito desse pedido de distinção, feito pela parte em processo afetado no primeiro grau, é requerer que o seu caso não continue suspenso por uma decisão que, a seu ver, foi proferida em matéria diversa, não guardando similitude material com o processo do rito repetitivo.

Nesta hipótese, a parte deve demonstrar fundamentadamente que seu caso versa sobre situação particularizada por hipótese fática distinta ou questão jurídica não abrangida pelo objeto do incidente, a impor solução jurídica diversa (art. 1.037, § 9º, CPC), previsto para o incidente de julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos, mas aplicável ao IRDR pelo apelo ao microsistema (CUNHA; DIDIER JR, 2016, p. 601).

No pedido de distinção existente no artigo 1.037, § 10, não temos o precedente ainda, mas somente uma decisão de afetação que transformou um recurso ou aceitou um incidente em rito repetitivo. A matéria em questão não é fruto de uma decisão existente que será usada como precedente, mas de uma delimitação pela afetação dos limites materiais definidos como um rito repetitivo. Não há a presença de um precedente, ainda.

Ao decidir pela suspensão, o juízo de primeiro grau decidiu pelo enquadramento preventivo. Qualquer das partes, se entender que não há similitude material para tanto, demonstrando que há um equívoco nessa situação processual, pode requerer o pedido de distinção, nos moldes do artigo 1.037, § 10, para que o juízo retire o processo da suspensão, analisando-o novamente. O argumento da parte caminha pela falta de similitude entre a decisão de afetação e a sua demanda, com uma notória distinção fática material.

Ao receber o requerimento, o juízo de primeiro grau possibilita o contraditório sobre o requerimento, com a devida intimação da outra parte para manifestar-se sobre o pedido de distinção realizado. Após o prazo da manifestação, realizada ou não, o juízo passa a analisar se há distinção entre o processo sobrestado e o conteúdo da decisão de afetação, com duas possibilidades de decisão: manutenção do sobrestamento pela identidade da questão de direito com o processo ou distinção entre os casos, retirando o processo do sobrestamento, com o devido processamento normal para o processo.

A ambas as decisões, a parte que entender como prejudicada pode interpor recurso, na hipótese de decisão do juízo de primeiro grau, a correspondência é com o agravo de instrumento, as demais possibilidades podem ser impugnadas por um agravo interno.

Ao analisar o pedido de distinção realizado por uma das partes, o juízo não se debruça no *distinguishing*, existente como técnica de superação de precedentes, mas sim sobre um pedido que pleiteia uma revisão na comparação prévia realizada pelo juízo para a verificação de distinção, com um pleito pela retirada da suspensão imputada anteriormente àquele processo.

Na atividade judicial realizada nesse momento, há uma clara divergência entre essa distinção e o *distinguishing*: a decisão proveniente dessa análise será interlocutória, não uma sentença, como na técnica de superação de precedente.

A diferenciação é notória, são, nesse caso, institutos diferentes, por mais que extraiam do juízo, em ambos, uma análise comparativa resultando em uma distinção ou não.

O intuito da parte, nesse momento, ao entender pelo pleito pela distinção do seu processo daquela decisão de afetação, não quer o enquadramento do seu caso àquela matéria, tampouco a suspensão de seu processo. Com o pedido de distinção, a parte já argumentou a diferença material entre o seu processo e a matéria afetada, já adiantando entender que o precedente futuro a ser firmado em nada guarda relação com seu processo.

Se há diferença material entre a decisão de afetação e o processo em primeiro grau, não há motivos para este processo continuar afetado e suspenso por uma matéria diversa. Por isso, pertinente o pedido de distinção, que o juízo profira uma decisão sobre esta comparação entre as matérias – a da decisão de afetação e a deste processo – para uma visualização sobre se o enquadramento foi correto.

5 Diferenças entre os dois institutos

Após a explanação sobre os dois institutos, o *distinguishing* e o pedido de distinção, pertinente a visualização comparativa entre as duas espécies.

Numa primeira análise, quando o pedido de distinção for um pleito com o intuito a influenciar a sentença, com uma argumentação pelo afastamento da utilização de determinado precedente para o julgamento daquele caso, realmente esse pedido de distinção nada mais é do que a tradução do *distinguishing*.

Em outro ponto, se o pedido de distinção for para retirar o processo de um sobrestamento provocado por uma decisão de afetação em rito repetitivo – recurso ou incidente –, a distinção pleiteada, apesar de parecida, não guarda convergência com o *distinguishing*, por se tratar de outro momento e outra espécie de análise comparativa.

Numa análise ampla, ambos os institutos – *distinguishing* e distinção – são inerentes a uma decisão judicial, notadamente fundamentada, com a visualização sobre a matéria do precedente judicial e a do caso concreto em questão, contudo cada qual com funções e momentos processuais diferentes.

A diferença é notória, são institutos diferentes, por mais que extraiam do juízo, em ambos, um resultado pela distinção. O *distinguishing* é, como vimos, uma técnica de superação de precedente, uma possibilidade de interpretação sempre que houver a existência de um precedente e, conseqüentemente, a visualização se há identidade entre os aspectos fático-jurídicos daquela demanda a ser julgada com o conteúdo da *ratio decidendi* do precedente a ser invocado. Utiliza-se o precedente, dentro de sua análise, para afastá-lo, fundamentando na sentença que não cabe para o caso em questão.

A previsão do “*distinguishing*” insere-se no campo de fundamentação das decisões judiciais, pois estas serão tidas como não fundamentadas (e inválidas, portanto) quando o juiz ou o tribunal “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento (art. 489, § 1º, inc. VII) (MARCATO, 2015, p. 57).

Sempre que houver a possibilidade de utilizar um precedente judicial de determinada matéria, há de se verificar se corresponde a uma mesma situação, com uma identidade entre os processos. Essa análise é primordial para um enquadramento correto do precedente judicial para a questão a ser julgada. Se o precedente deve balizar o julgamento, para ajudar o juízo na construção da decisão judicial, utilizando uma razão de decidir anteriormente utilizada, somente há serventia se houver uma identidade entre os casos, para que não haja uma aplicabilidade equivocada do precedente, em uma situação que nada guarda de relação com a situação.

Um precedente utilizado inadequadamente, em uma situação que não carecia de sua aplicabilidade, acarreta transtorno pelo erro em sua fundamentação. Nesse caso, mesmo que o precedente seja correlato, por matéria parecida ao caso, deve haver

a utilização da técnica de superação de precedente, evidenciando a distinção entre as matérias, utilizando o *distinguishing*.

Essa técnica deve ser utilizada na própria construção da fundamentação da decisão judicial, independente de pedido das partes, simplesmente como uma forma essencial para a utilização do precedente de maneira oficiosa pelo juízo competente, como vimos no artigo 489, § 1º, VI.

Caso o juízo não identifique uma relação entre os casos – precedente e o processo em julgamento –, deve, fundamentadamente, explanar que não utilizará o conteúdo do precedente judicial, justamente por haver uma distinção entre a *ratio decidendi* e os argumentos fático-jurídicos daquele processo, numa clara utilização do *distinguishing*.

O momento da utilização desta técnica de superação de precedente é na própria construção da fundamentação da decisão, quando o juízo compara o precedente àquela situação processual. Nesse caso, há um precedente judicial formado e uma decisão em um caso ulterior a ser realizada, com a utilização ulterior daquelas razões de decidir que motivaram o precedente.

Para a utilização, pelo juízo, do *distinguishing*, não há necessidade de requerimento da parte nesse sentido, com a possibilidade de ser realizada pelo próprio juízo durante a prolação da sentença.

Já o pedido de distinção tem outro viés processual, realizado em outro momento. Na forma como disposto, como vimos, no artigo 1.037, § 8º e § 10, ao pedir a distinção, o intuito é utilizar o conteúdo da decisão de afetação e sua delimitação material, para requerer que o juízo compare com a matéria daquele processo em primeiro grau, distinguindo as questões e decidindo pela revogação da suspensão.

Três pontos são bem diferentes nessa distinção, o primeiro é o resultado formal da resposta judicial: uma decisão interlocutória sem resolução do mérito. A decisão de resposta ao pedido de distinção sobre o sobrestamento é uma interlocutória, uma resposta se revoga a suspensão ou não, sem uma definição meritória da demanda, o que, por si só, já diferenciaria do *distinguishing*.

Num outro ponto, a comparação é realizada com uma decisão de afetação e seus limites, não com o precedente. Essa resposta ao pedido de distinção tem a relação com a afetação, concedendo contornos diferentes de análise comparativa. E, por último, há a necessidade, para a legitimidade do pedido de distinção, do momento processual do sobrestamento daquela demanda oriunda de alguma decisão de afetação, por um julgamento de recurso ou incidente repetitivo.

O pedido de distinção nasce de um suposto equívoco do juízo no enquadramento daquele processo, por seu conteúdo material, aos limites da decisão de afetação, com a determinação “equivocada” pelo sobrestamento e vinculação da decisão que vier do mérito do julgamento por amostragem àquele processo.

Se há equívoco nesse enquadramento, há a necessidade do pedido de distinção. Importante visualizar que o precedente, diferentemente do *distinguishing*, ainda nem foi formado, a decisão de afetação delimita a matéria para um futuro julgamento, uma decisão para definir quais os limites materiais de um precedente judicial que será formado e o impacto de sua aplicabilidade. Ainda não é o precedente em si, mas uma decisão inicial, um ponto de parte de um procedimento que forma o precedente, mas que já causa impactos nos processos com matéria idêntica.

Conclusão

Os precedentes judiciais ganharam importância no novo código de processo civil, seja na sua formação, pelo estipulado no artigo 926 da necessidade da uniformização da jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente, seja na estipulação pelo artigo 927 de um rol de precedentes que devem ser observados pelos juízos inferiores, na construção da decisão judicial em outros processos com matéria idêntica.

O precedente judicial é uma norma jurídica delineada pelo juízo de um tribunal, com a definição de uma *ratio decidendi*, com o enfrentamento da complexidade de argumentos e exaurimento da matéria a ser decidida, para um melhor conteúdo decisório, e, conseqüentemente, uma aplicabilidade mais precisa para os casos idênticos futuros.

Após a formação de um precedente, a aplicabilidade deste em casos idênticos posteriores é questão de primordial importância, com a necessidade de uma análise de correlação entre os pontos fático-jurídicos da *ratio decidendi* do precedente e do processo a ser julgado. Não é uma aplicabilidade simples e discricionária, com uma liberdade total, necessita de uma identidade material para uma utilização precisa entre o precedente e o caso a ser julgado. Quando houver a diferença material, não há possibilidade de o precedente judicial balizar essa nova decisão, entretanto há de se fundamentar que não há identidade que possibilite a utilização.

O *distinguishing* tem iniciativa na própria atividade do juízo em seu momento decisório – podendo ser oficioso ou a requeri-

mento – e a devida construção cognitiva da fundamentação, diferentemente do pedido de distinção, que ocorre em momento alheio à construção da decisão definida da demanda, tornando-se somente uma análise interlocutória sobre possível equívoco no enquadramento desse processo e o sobrestamento pela matéria afetada para ser julgada por amostragem em rito repetitivo.

Desta forma, um dos vários aspectos que diferenciam os institutos está na formação da distinção, enquanto no *distinguishing* a comparação é realizada entre a causa a ser decidida, pronta para a sentença, fundamentando-a numa comparação com base em um precedente existente, para distinguir a situação meritória entre o processo e o conteúdo do precedente.

No pedido de distinção, em modo diverso, a análise comparativa é de uma decisão de afetação realizada para balizar um futuro precedente que se formará num procedimento de julgamento por amostragem, com o caso em primeiro grau, com a necessidade de verificação de manutenção ou não na suspensão processual.

São institutos muito parecidos, baseados na necessidade de distinguir a situação a ser decidida de um precedente, seja ele já formado, no caso do *distinguishing*, ou a ser formado no futuro, quando do pedido de distinção, fundamentando-o no enquadramento equivocado da situação à afetação.

Apesar de ambos basearem-se em distinção, são institutos próximos, pela congruência no ato de distinguir, porém são separados, com aplicabilidades diferentes, em momentos processuais diversos, resultando em espécies formais de decisões diferentes.

Importante o estudo de diferenciação e delimitação de cada instituto, salientando os seus aspectos semelhantes e seus pontos divergentes para balizar a sua aplicabilidade em cada situação concreta.

Referências

CUNHA, Leonardo José Carneiro da; DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 13ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER Jr., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Teoria da Prova, direito probatório, decisão, precedentes, coisa julgada e tutela provisória**. 10ª ed. Salvador: JusPodivm. 2015.

GAIO JR., Antônio Pereira. O conceito de precedentes no Novo CPC. [ca. 2014]. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/o-conceito-de-precedentes-no-novo-cpc/>>. Acesso em: 05 mar. 2016.

MACHADO, Hugo de Brito. Fundamentação como condição de validade das decisões judiciais e o novo CPC. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo, n. 151, p. 71-74, out./2015.

MARCATO, Antonio Carlos. Os precedentes judiciais e o novo Código de Processo Civil. **Revista de Direito da ADVOCEF**, Porto Alegre, ano XI, n. 21, p. 51-58, nov./2015.

NUNES, Dierle, HORTA, André Frederico. Aplicação de precedentes e distinguishing no CPC/2015: uma breve introdução. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. (Org.). **Precedentes judiciais no NCPC**. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 145-178 (Coleção Novo CPC e novos temas).

REDONDO, Bruno Garcia. Precedente judicial no direito processual civil brasileiro. In: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; MARINONI, Luiz Guilherme; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: RT, 2014. p. 167-188. v. 2.

SIQUEIRA, Thiago Ferreira. **A aplicação da "teoria da causa madura" em caso de nulidade da sentença por falta de fundamentação**: um diálogo com Marco Antonio Perez de Oliveira. [ca. 2014]. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/a-aplicacao-da-teoria-da-cao-madura-em-caso-de-nulidade-da-sentencia-por-falta-de-fundamentacao-um-dialogo-com-marco-antonio-perez-de-oliveira/>>. Acesso em: 05 mar. 2016.

SOARES, Marcos José Porto. *A ratio decidendi dos precedentes judiciais*. **RBDPro**. Revista Brasileira de Direito Processual, Ed. Fórum, ano 22, n. 85, p. 39-52, 2014.

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

A regulação voluntária e a governança corporativa

Cristiano Starling Erse

*Mestre e doutorando em Direito pela Faculdade de
Direito da Universidade de Coimbra/Portugal
Especialista em gestão universitária (MBA)*

pela Carta Consulta

*Pesquisador visitante nas Faculdades de Direito das
Universidades de Bolonha e Florença
Professor universitário nas Faculdades Arnaldo Janssen
Advogado militante em Belo Horizonte*

RESUMO

As últimas décadas foram marcadas por um intenso debate institucional e político visando ao aprimoramento das práticas relativas à gestão e ao controle das sociedades anônimas. A evolução da matéria conduziu a um movimento sustentado de “códigos” contendo normas recomendatórias e diretrizes proferidas por diversas entidades coletivas que se inserem à margem das leis e dos regulamentos atinentes ao direito societário, mas que causam expectativas de comportamento no mundo empresarial. Este artigo tem como objetivo o estudo de tais instrumentos. Busca-se, em termos gerais, traçar os seus fundamentos, fatores de desenvolvimento e funcionalidade.

Palavras-chave: Códigos de governo societário. Regulação voluntária. Sistemas de gestão e controle. Ética empresarial.

ABSTRACT

The last decades have been marked by an intense institutional and political debate aiming at the improvement of corporations' management and control practices. The evolution of the subject lead to a sustained movement of “codes” containing recommendatory norms and directives elaborated by several entities, which are inserted outside the boundaries of corporate law regulations, but cause behavior expectations in the corporate world. This work focuses on the study of such instruments, in order to draw, in general terms, their fundaments, developing factors and functionality.

Keywords: Corporate governance codes. Voluntary regulation. Management and control systems. Corporate ethics.

Introdução

Não é fácil estabelecer um conceito único e satisfatório que alcance as diversas concepções e enfoques relacionados ao que se convencionou chamar de “governança corporativa”. As práticas de gestão societária podem ser descritas a partir de vários pontos de vista, contemplando-se questões financeiras, estratégicas, operacionais, legais, entre outras (ERSE, 2010, p. 12 *et seq.*).

Os estudos sobre governança corporativa envolvem uma extensa gama temática, relacionada, na maioria das vezes, às questões clássicas do direito societário, da economia e da administração, porém com uma perspectiva renovada. Apesar dessa realidade, consideramos importante apresentar, inicialmente, uma definição para que se possa delimitar mais claramente o assunto. Adotaremos, nesse sentido, a definição proposta por Abreu (2006, p. 6) que conceitua governança corporativa como “complexo de regras (legais, estatutárias, jurisprudenciais, deontológicas), instrumentos e questões respeitantes à administração e ao controlo (ou fiscalização) das sociedades”.

O referido movimento tem como um de seus símbolos máximos a aparição de instrumentos de regulamentação voluntária que contêm em seu bojo uma série de princípios e práticas consideradas adequadas. Esses “códigos de autorregulação”, embora muito divulgados, tem merecido pouca atenção por parte da doutrina, razão pela qual apresentamos este breve estudo. Nosso objetivo com o presente artigo é traçar uma linha histórico-evolutiva e refletir acerca das funções que esses mecanismos assumem no universo empresarial.

1 O despertar da governança corporativa

O tratamento teórico das questões relativas à *governança corporativa*, nos moldes em que a tratamos nos dias atuais, começou a ser desenvolvido pela academia com a publicação da obra de Berle e Means, *The Modern Corporation and Private Property* (MARTÍN, 2003, p. 101).

A principal contribuição do referido trabalho foi a verificação empírica de que a propriedade e a gestão encontravam-se separadas nas grandes sociedades anônimas norte-americanas em virtude da dispersão acionária promovida pelo desenvolvimento industrial da época (ERSE, 2010, p. 15). A premissa que sustentava a afirmação é a de que, se em uma sociedade o capital estiver efetivamente disperso, nenhum acionista dispõe de posição expressiva e a gestão é, necessariamente, confiada a pro-

fissionais que podem ou não deter, circunstancial ou duradouramente, ações da empresa (ERSE, 2008, p. 25).

Com a propriedade e a gestão separadas, logo ficou claro que os interesses dos proprietários e dos administradores podiam, com frequência, divergir e que, como os administradores executivos dispunham de mais informação sobre a empresa do que qualquer outra pessoa, inúmeras oportunidades de expropriação da riqueza acionária apareciam (JENSEN; MECKLING, 1976, p. 307).

O modelo idealizado de gestão e controle das sociedades americanas da época mostrava-se inadequado à prática. A assembleia geral era inoperante nas suas funções básicas de controle, o órgão de administração não mais exercia a gestão corrente da empresa que lhe era atribuída por lei e os administradores executivos passaram de meros exequentes a verdadeiros condutores da política empresarial (MARTÍN, 2003, p. 197).

Em 1973, com as evidências advindas do “Caso Watergate”, a fragilidade do sistema, já abordada pela doutrina pioneira, ficou exposta à opinião pública americana, o que estimulou a reflexão do tema em diversas frentes, ganhando, a partir daí, a alcunha de *corporate governance doctrine* (ABREU, 2006, p. 7).

Os conflitos de interesses e a inadequação dos modelos levaram à ocorrência de custos dispostos, geralmente, em duas categorias: os atribuíveis ao oportunismo e os incorridos para o controle da gestão. Quando a soma desses custos atinge valores exagerados, a atividade empresarial se torna inviável, pois o risco passa a ser maior que a expectativa de lucro (ANDRADE; ROSSETTI, 2004, p. 103).

O despertar do movimento pela boa governança corporativa surge, portanto, dentro do contexto americano, com a necessidade de criação de mecanismos capazes de solucionar, ou pelo menos minimizar, os problemas entre administradores e acionistas e a consequente diminuição dos custos decorrentes deles. O conflito de interesses administradores-proprietários fruto da pulverização da propriedade acionária não é, contudo, o único com relevância, nem mesmo nos EUA (ERSE, 2008, p. 26).

Em determinadas circunstâncias, mesmo com o capital disperso, alguns acionistas possuem posições minoritárias no capital, mas com certa importância. Quando ocorre o absentismo da grande massa acionária nas deliberações das assembleias gerais, esses minoritários passam a ter um certo poder de controle, exercendo grande influência na escolha da equipe de gestão. Essa situação de domínio pode, igualmente, resultar em oportunidade de expropriação, pois, muitas vezes, a permanência dos ad-

ministradores executivos em seus cargos é garantida através da troca de favores. O conflito existente entre os minoritários com poder de controle e os minoritários sem poder de controle pode provocar custo e risco (MUNHOZ, 2001, p. 213).

Na Europa Continental, América Latina e Japão, a questão se desloca para os conflitos existentes entre majoritários e minoritários, uma vez que, ainda hoje, a propriedade encontra-se concentrada nas mãos de poucos acionistas, embora haja crescente tendência à dispersão. A sobreposição da propriedade e da gestão ou o grande poder de influência exercido pelo acionista majoritário sobre os administradores no modelo concentrado pode levar o acionista minoritário à condição de hipossuficiência, quando os interesses deste estiverem em conflito com os daquele, a maioria deles relacionados à assimetria de informações (LA PORTA *et al.*, 1998).

Os modelos tradicionais de controle mostraram falhas. No modelo monista, tal qual acontecia nos EUA e Inglaterra, a gestão efetiva se concentrou nas mãos do administrador executivo, mas com a peculiaridade de que esse é, normalmente, o sócio majoritário ou pessoa a ele ligada. Já no modelo dualista, o órgão de controle e supervisão se tornou, muitas vezes, um instrumento do grupo de controle para interferir na política empresarial.

Somam-se a esses os conflitos derivados de emissão de espécies e classes de ações com direitos desiguais, como ações preferenciais sem direito a voto e os existentes entre acionistas e demais partes interessadas, como credores, empregados e a sociedade civil em geral (ANDRADE; ROSSETTI, 2004, p. 108).

A busca de soluções para os problemas mencionados, entre outros, promoveu um período fértil em termos doutrinários. Aparecem em destaque questões relativas ao ambiente legal e regulatório; deveres dos administradores e sua consequente responsabilidade civil; mercado de capitais; concorrência entre mercados; competição entre empresas do mesmo setor de atividade; ativismo dos investidores institucionais; padrões internacionais de contabilidade; estruturas organizatórias; políticas de remuneração; monitoramento compartilhado; entre outros (ERSE, 2007, p. 165 *et seq.*).

As razões determinantes das proposições dos ativistas pioneiros somou-se, posteriormente, um amplo conjunto de fatores externos, entre os quais se destacam a desfronterização de mercados reais e financeiros, as privatizações e as reestruturações setoriais (ANDRADE; ROSSETTI, 2004, p. 53)..

Consequência direta da crença em um mercado globalizado, as discussões tomaram dimensões internacionais, espalhando-se

pelos mais diversos ordenamentos, cada qual com suas peculiaridades.

2 Códigos de governança corporativa

2.1 Definição

Surgiram, nesse contexto, paralelamente às leis e aos regulamentos atinentes às matérias de direito societário e de valores mobiliários, como instrumento normativo, os denominados, livremente, códigos de governança corporativa (*corporate governance codes, corporate governance kodex*) (CÂMARA, 2002, p. 65).

Está-se diante do que se convencionou chamar *soft law*, ou seja, normas deontológicas, recomendatórias, pertencentes a uma ética empresarial, destituídas, na maioria dos casos, de caráter cogente de lei (CÂMARA, 2002, p. 65), mas que têm por objetivo produzir efeitos similares, gerando expectativas de comportamento na comunidade empresarial (LAUTENSCHLEGER JÚNIOR, 2005, p. 30).

Código de governo societário, para fins deste estudo, é o conjunto de valores, princípios, propósitos, práticas, regras e normas de natureza recomendatória, sem caráter cogente de lei, reunidos em um documento sistematizado, elaborado e divulgado por um corpo coletivo, público ou privado, com o intuito de estabelecer parâmetros positivos relativos ao governo societário, gerando expectativa de comportamento na comunidade empresarial (ERSE, 2007, p. 76).

Os códigos de governança corporativa enquadram-se no que parte da doutrina chama de normas de trato social. Diferem das normas de direito por não serem, em sua essência, executáveis coercitivamente nem bilaterais; e da moral por serem impostos pela sociedade, ou seja, por serem heterônomos (ERSE, 2007, p. 76).

A regulação voluntária sobre a gestão das sociedades é um mecanismo externo de controle, mas que cuida, principalmente, das questões estruturais internas, refletindo grande parte dos debates e da doutrina (ERSE, 2007, p. 76).

Note-se que, como bem observa Câmara (2002, p. 65 *et seq.*), a expressão código não é aplicada no sentido que tecnicamente o direito de origem romano-germânica lhe atribui. Conforme a exposição do referido autor, materialmente, códigos são diplomas legais que, por recurso a critérios científicos, ordenam de modo sistemático, sintético e unitário fontes respeitantes a certa

área do direito. Em outros termos, costuma-se dizer que, na terminologia jurídica, é a denominação que se dá a todo conjunto de leis compostas pela autoridade competente, normalmente pelo Poder Legislativo, enfeixadas num só corpo e destinadas a reger a matéria, que faz parte ou que é objeto de um ramo do direito (DE PLÁCIDO E SILVA, 1973, p. 351).

A essa ideia não correspondem os “códigos” de governo societário, pois eles se limitam a enunciar um catálogo de comportamentos desejáveis, sem exprimir, no entanto, comandos imperativos para seus destinatários, tampouco são forçosamente aprovados por autoridade pública. Não são leis na verdadeira acepção da palavra e nem sempre contam com contribuições acadêmicas na sua elaboração. Distinguem-se, ainda, pela sua origem anglo-saxônica, por seus traços de complementaridade à legislação e por suas constantes alterações em face da origem europeia continental, das pretensões de unitariedade e da estabilidade dos códigos propriamente ditos (CÂMARA, 2002, p. 65 *et seq.*)

Não se coloca em dúvida, porém, a propriedade da expressão, pois o termo “código” pode ser utilizado na língua portuguesa para indicar toda coleção de fórmulas, palavras, números, sinais, normas, regras e preceitos e, assim sendo, enquadra-se perfeitamente nos objetivos pretendidos (FERREIRA, 1986, p. 425).

2.2 Evolução histórica

2.2.1 O embrião norte-americano

A Constituição Federal dos EUA, ao omitir-se a respeito do direito societário, delegou competência para legislar sobre essa matéria aos Estados-membros. Assim, cada Estado pode, em tese, tratar das formas e requisitos de constituição e organização das empresas como bem entender. Como prevalece no direito norte-americano a teoria da incorporação, a partir da qual, independentemente do Estado em que a empresa opere, a sociedade submete-se às leis do Estado em que foi constituída, criou-se um ambiente de competição legislativa (LAUTENSCHLEGER JÚNIOR, 2005, p. 148 *et seq.*).

A concorrência legislativa trouxe duas consequências: grande diversidade de leis e uma progressiva substituição dos textos societários com caráter imperativo por outros mais flexíveis e dispositivos – com o intuito de atrair a constituição de sociedades.

A esse contexto seguiu-se a aparição de distintas propostas de unificação legislativa das quais se destacam o Uniform Business Corporation Act¹, elaborado pela National Conference of Commisioners on Uniform State Laws em 1928; o projeto conhecido como Federal Corporation Act², em 1943, e o Model Business Corporation Act (MBCA)³, elaborados pelo Committee on Corporate Laws da American Bar Association. Esses textos influenciaram a formatação jurídica de muitos dos Estados-membros da federação, mas não fizeram com que o processo de multiplicidade legislativa e desburocratização cessasse completamente (ERSE, 2008, p. 27 *et seq.*).

Paralelamente à aceitação e implantação dessas normas-mo- delo, ocorreram, no decorrer do século XX, contínuas modifica- ções nos textos societários da federação. Estados como Delaware e New Jersey, seguidos por outros, promoveram significativas al- terações com a finalidade de simplificar e liberalizar normas jurí- dicas, política que favoreceu, além dos fatores econômicos, o fortalecimento dos administradores executivos (MARTÍN, 2003, p. 63).

Apesar das diferentes regulamentações acerca do direito societário, a prática demonstrou, genericamente, um modelo de sociedade anônima baseado em grande autonomia privada para completá-lo ou modificá-lo (BLACK, 1990, p. 542).

O chamado “trivialismo” das regras societárias norte-ame- ricanas e a falta de um conteúdo realmente cogente somaram- se à necessidade de gestores especializados, à dispersão do mer- cado acionário e à separação da propriedade do controle, aprofundando, aos poucos, a crise existente na direção e con- trole das sociedades, pois era sempre possível encontrar uma lei que melhor se adaptasse aos seus interesses (BLACK, 1990, p. 542).

¹ O Uniform Business Corporation Act foi adotado por alguns Estados e influ- enciou outros. O texto foi, entretanto, retirado das lista de recomendações da National Conference of Commisioners on Uniform State Laws em 1958.

² O Federal Corporation Act foi um projeto apresentado pela American Bar Association, cujo objetivo principal era a promulgação de uma lei federal de sociedades anônimas. A promulgação de uma lei nesse sentido, contudo, jamais se realizou.

³ O Model Business Corporation Act (MBCA), elaborado pelo Committee on Corporate Laws da American Bar Association, teve sonora repercussão nos Estados Unidos, sendo adotado, originalmente, em 35 estados da federa- ção. O MBCA foi objeto de uma profunda revisão em 1984, dando lugar ao que se conhece como Revised Model Business Corporation Act (RMBCA) (MARTÍN, 2003, p. 63).

Em 1973, em decorrência do famoso “Caso Watergate”⁴ e das investigações que daí se desenvolveram, a SEC (Securities and Exchange Commission)⁵ anunciou um período de anistia durante o qual as sociedades que, pública e voluntariamente, se autoacusassem quanto à prática de atos ilegais não seriam investigadas nem punidas, fenômeno conhecido como delação premiada. Diante desse quadro, muitas sociedades promoveram rígida auditoria das suas práticas de gestão. Os resultados obtidos e publicados foram, no entanto, assustadores para a opinião pública americana, uma vez que ficou exposta toda a fragilidade dos sistemas de governo societário (EISENBERG, 1983, p. 209).

Assim, a American Bar Association (ABA) e o American Law Institute (ALI) formaram comissões com o objetivo de elaborar textos contendo propostas de melhoria quanto às relações de poder dentro das companhias e que servissem de referência aos administradores, legisladores e juízes.

Em 1978, o Committee on Corporate Law da ABA publicou o *Corporate Director's Guidebook*, uma espécie de livro-guia contendo as principais funções, deveres e responsabilidades dos administradores das grandes sociedades, considerado, por muitos, o embrião de todos os códigos de governo societário. O referido texto seria complementado pelo informe denominado *The role and composition of the board of directors of the large publicly owned corporation*, publicado pela The Business Roundtable⁶ no mesmo ano e que tratava da função do *board of directors*

⁴ O Caso Watergate foi o escândalo que abalou a administração do presidente norte-americano Richard Nixon. Surgiu com a tentativa frustrada de colocação de aparelhagem eletrônica para espionagem na sede nacional do Partido Democrata, no Edifício Watergate. Embora reeleito em 1972, Nixon passou a perder prestígio quando a imprensa (notadamente Carl Bernstein e Robert Woodward, do *Washington Post*) comprovou o comprometimento do presidente e de seus auxiliares não só na operação como também no maciço abuso de poder e obstrução da justiça que investigava, entre outras coisas, o financiamento ilegal de suas campanhas políticas. Além da renúncia de Nixon, o caso levou à prisão o procurador-geral dos EUA e funcionários do primeiro escalão (TUDO, 1987, p. 1730).

⁵ A Securities and Exchange Commission (SEC) foi criada em 1934 a partir do Securities and Exchange Act (SEA). Trata-se do órgão supervisor das distintas bolsas e mercados de valores no território americano. Tem-se que sua origem encontra-se na política do presidente Theodor Roosevelt, conhecida como *New Deal*, e decorreu da necessidade de recuperar a confiança dos investidores após a quebra da bolsa de Nova York em 1929.

⁶ The Business Roundtable (BRT) é um grupo fundado em 1974, formado por alguns dos mais importantes executivos-chefes das maiores sociedades norte-americanas.

como órgão supervisor dos principais executivos (MARTÍN, 2003, p. 188).

Também em 1978, o ALI iniciou um ambicioso projeto que demoraria mais de 15 anos para ser concluído e que foi publicado em 1994, com o título *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*. O texto é centrado na estrutura e funcionamento das sociedades, do *board of directors*, nos deveres dos administradores, dos principais executivos e nos meios de controle interno da sociedade, procurando clarificar uma parcela da legislação existente nos vários estados federados (EISENBERG, 1993, p. 1271 et seq.). Misturando a formulação de princípios a serem aplicados pelos tribunais com recomendações destinadas diretamente às sociedades, o documento causou grande repercussão na doutrina, sendo um dos mais famosos códigos de governo societário (CÂMARA, 2002, p. 68).

Embora a origem dos códigos nos EUA remonte à década de 1970, somente nos anos 1990 é que de fato esses textos obtiveram maior projeção. Ocorre que, durante a década de 1980, o chamado controle externo, realizado principalmente com as tomadas hostis de controle, praticamente monopolizou as atenções. Com a quase neutralização dessa prática pelos gestores – por meio de táticas defensivas, geralmente denominadas pílulas de veneno (*poison pills*)⁷ –, houve a necessidade de se encontra-

⁷ Andrade e Rosseti (2004, p. 120) destacam as pílulas de veneno mais empregadas. Veja-se: “1. *Golden Parachutes* – pára-quedas dourados. Como as aquisições hostis aumentam os riscos de demissão executiva, a contratação do gestor principal inclui cláusulas de proteção, como indenizações que podem chegar a três anos de salário nos casos de *take-over*. 2. *Golden goodbye* – adeus dourado. Trata-se de uma variante da proteção do executivo principal que garante altas compensações nos casos de não-renovação de contratos, independentemente das razões que os motivaram. Nesse caso, mesmo que o gestor seja mantido quando do *take-over* hostil com os novos controladores esperando pelo prazo de seu contrato, a proteção poderá ser exercida. 3. *Supermaioria*. Definição de aditivos nos estatutos internos e nas regras de funcionamento do conselho de administração que modificam a regra de maioria para mais de 50% em casos específicos, como os de aquisições consideradas hostis. 4. *Renovação alternada do conselho*. Eleições alternadas dificultam ao adquirente obter o pleno controle do conselho. Com a renovação de apenas uma fração “Y” do conselho a cada “X” anos, o adquirente hostil teria de esperar, por exemplo, $2y/x$ anos para ter o controle efetivo sobre 50% de seus membros. 5. *Crêditos de emissão de capital*. Um dos exemplos mais comuns é a prerrogativa concedida à administração de emitir mais ações com direito a voto, a um preço mais baixo aos acionistas existentes caso um acionista possua mais que uma fração das ações em circulação. Cláusulas desse tipo tornam virtualmente impossível um *take-over* bem-sucedido. 6. *Investimentos com alavancagem*. O desincentivo à aquisição pode estar camuflado sob a forma de investimentos realizados

rem novos meios de controle, criando-se, enfim, o cenário ideal para a propagação dos mencionados documentos (MARTÍN, 2003, p. 189).

A esse fator somou-se o maior ativismo dos fundos de investimentos, que passaram a intervir cada vez mais em questões que envolvessem o governo societário e as estruturas internas. Considera-se o estopim para o desencadeamento do processo a recusa de uma oferta pública para aquisição (OPA) da Texaco em 1984 pelos seus executivos, o que, em termos práticos, prejudicou o interesse dos acionistas. Após o episódio, a CalPERS (California Public Employees' Retirement System) posicionou-se alegando que, como investidora de longo prazo, não iria mais aceitar comportamentos similares. O fundo elaborou uma lista de problemas a serem enfrentados, como a dependência do conselho em relação aos gestores, o aumento excessivo dos salários dos executivos e as diversas manobras para evitar ofertas de compra (CARLSSON, 2001, p. 26 et seq.).

Dessa feita, seguindo o exemplo do *Corporate Director's Guidebook* da ABA, revisado em 1994, e dos estudos advindos dos *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations* do ALL, brotaram inúmeros informes em solo americano sob a forma de "princípios", "linhas de conduta", "recomendações", "códigos de melhores práticas", elaborados, essencialmente, por sociedades – destinados aos próprios gestores, como as famosas *Guidelines on Significant Corporate Governance Issues* da General Motors; organizações empresariais, como a National Association of Corporate Directors, que publicou, respectivamente, em 1996 e 1997, o *Report of the NACD Commission on Director Professionalism* e o *Corporate governance survey*; fundos de investimentos, como o *Corporate Governance Market Principles* da CalPERS⁸ e o *TIAA-CREF Policy Statement on Corporate Governance* da TIAA-CREF⁹; associações

com alta alavancagem financeira, tornando o endividamento da empresa alvo de um ônus inaceitável para o novo controlador. Defesas desse tipo podem conflitar com os interesses dos controladores atuais, pois são mecanismos destruidores de valor. Tendem, assim, a ser mais empregados em empresas cujos conselhos são impropriamente dominados pela direção executiva".

⁸ O California Public Employees' Retirement System (CalPERS), fundo de pensão dos funcionários públicos da Califórnia, é um dos maiores do mundo, gerenciando, em 2000, cerca de US\$ 166 bilhões de dólares em mais de 1.500 empresas (CARLSSON, 2001, p. 26).

⁹ Teachers' Insurance and Annuity Association-College Retirement Equities Fund (TIAA-CREF) é o maior fundo de pensão do mundo, gerenciando, segundo dados de 2000, cerca de US\$ 260 bilhões de dólares.

de investidores, como o *Core Policies, General Principles, Positions & Explanatory Notes* do Council of Institutional Investors¹⁰, que agrupa os principais fundos de pensão (MARTÍN, 2003, p. 188).

A finalidade e o alcance desses textos nos EUA atenderam, inicialmente, dois aspectos. O primeiro foi o de servir como referência para legisladores e, principalmente, para os distintos tribunais na formação da jurisprudência, uma vez que esta, conforme já explicitado, é uma das fontes do direito norte-americano, desempenhando, portanto, papel similar ao dos *Restatements in Law*. (EINSENBURG, 1993, p. 1271 *et seq.*). O segundo foi o de suprir as deficiências existentes nas regras de gestão empresarial em um mercado disperso e pulverizado, dotado de legislação altamente flexível e de caráter dispositivo, através da adoção espontânea desses princípios pelas próprias sociedades, em virtude da pressão do mercado (MARTÍN, 2003, p. 188).

A insolvência das empresas Enron e da WorldCom, em 2002, desencadeou a publicação da Lei Sarbanes-Oxley, evidenciando que apenas a regulação voluntária é insuficiente para atender as necessidades dos investidores. A citada lei americana não descarta, porém, a iniciativa. O documento sugere a adoção de um código de ética para principais executivos das sociedades, contendo formas de encaminhamento de questões relacionadas a conflitos de interesse, divulgação de informações e cumprimento de leis e regulamentos.

2.2.2 O caminho europeu

O movimento de codificação voluntária foi transplantado para o continente europeu via Reino Unido, seguindo as mesmas perspectivas presentes no mercado norte-americano, ou seja, orientar, por um lado, os legisladores e os tribunais e, por outro, suprir as deficiências presentes no sistema através das pressões exercidas pelo mercado, tornando-o mais competitivo.

Uma série de escândalos nos mercados empresariais e financeiros britânicos no final dos anos 1980 (Maxwell, Polly Peck Internacional, Brent Walker, entre outros) expôs o mau funcionamento do *board of directors* no direito inglês, impulsionando o debate sobre governo societário (ABREU, 2006, p. 9). Sob a ameaça do Partido Conservador Inglês de tomar medidas legislativas severas caso o próprio mercado não se reestruturasse de forma a

¹⁰ O Council of Institutional Investors é uma associação com o objetivo de cuidar dos interesses dos investidores institucionais que atua como importante organismo de *lobby* no processo de melhoria das práticas de governo societário e proteção dos acionistas nos EUA (SILVEIRA, 2002, p. 20).

prevenir a ocorrência de novos escândalos (CARLSSON, 2001, p. 51), foi nomeada, em maio de 1991, uma comissão liderada por Sir Adrian Cadbury para a formulação de propostas relativas ao governo societário que recuperassem a confiança dos investidores e preservassem a reputação do mercado financeiro. A comissão Cadbury significou o esforço conjunto da London Stock Exchange, da Financial Reporting Council e dos profissionais de contabilidade, e dela resultou o aclamado *Report of Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance*, popularizado como Relatório Cadbury (WEIL, GOTSHAL & MANGES, 2002, ANNEX IV, p. 237).¹¹

O relatório Cadbury foi um grande marco na evolução da matéria por ter apresentado um conjunto de novas propostas que atingiram a forma como vinham sendo administradas as empresas britânicas, sendo o primeiro a prever a regra do “cumpra ou explique” (*comply or explain*), segundo a qual as sociedades devem indicar, no relatório anual, quais as áreas em que seguem o código e quais aquelas em que dele se afastam, explicitando, em caso de desobediência, os motivos.

Após o pioneirismo britânico, foram publicadas, entre 1991 e 2015, quase duas centenas de códigos de bom governo nos países-membros da União Europeia. Na Europa Continental foram mais relevantes para a propagação: participação dos investidores institucionais; liberdade de circulação de capitais, bens e serviços; crescente relevância das bolsas de valores como fonte de financiamento; concretização de programas nacionais de privatização; ciclo de fusões, aquisições, alianças estratégicas e consórcios; concorrência entre os mercados pela captação de recursos; saturação dos mercados de valores americanos.

2.2.3 O código da OECD e a propagação mundial

Um dos mais importantes marcos do movimento de codificação voluntária foi estabelecido por uma organização multilateral, a Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), que congrega os 29 países industrializa-

¹¹ O Relatório Cadbury não foi o primeiro código de governo societário elaborado na Inglaterra. Antes dele foram emitidos, respectivamente, em fevereiro e abril de 1991, o *Good Boardroom Practice: A Code for Directors*, do The Institute of Chartered Secretaries and Administrator, e o *The Role and Duties of Directors – A Statement of Best Practice*, do Institutional Shareholders Committee. Esses textos não obtiveram, no entanto, grande repercussão, motivo pelo qual este trabalho prefere focalizar o caminho dos códigos de governo a partir do Relatório Cadbury.

dos mais desenvolvidos do mundo (WEIL, GOTSHAL & MANGES, 2002, ANNEX IV, p. 289).

Fundamentada em estudos acadêmicos, a OECD percebeu a correlação direta entre a mobilização de mercados de capitais maduros e confiáveis, o crescimento dos negócios e o desenvolvimento econômico das nações, o que fez com que a citada instituição manifestasse grande interesse pelos princípios de governo societário (ANDRADE; ROSSETTI, 2004, p. 71).

Diante desse quadro, em abril de 1998, o Conselho da OECD, em sua reunião ministerial, solicitou o desenvolvimento – juntamente com governos nacionais, outras organizações internacionais relevantes e o setor privado – de um conjunto de normas e diretrizes sobre governo societário, que foram publicadas em 1999: *OECD Principles of Corporate Governance*.

O relatório da OECD foi um divisor de águas. O documento original apenas reafirmou princípios e práticas já elaborados por entidades pioneiras. Entretanto, o fato de uma instituição de peso como ela reforçar tais conceitos, bem como a capacidade de condensar, de maneira clara e objetiva, as principais reivindicações, causas e consequências do movimento, influenciou efetivamente o ambiente empresarial de diversos países.

A iniciativa da OECD foi seguida por outras organizações internacionais, que passaram a editar códigos similares dos quais convém destacar a *Statement on Global Corporate Governance Principles*, da International Corporate Governance Network (ICGN), em 1999; as *Euroshareholders Corporate Governance Guidelines 2000*, do The European Shareholders Group (Euroshareholders); e os *Corporate Governance Principles & Recommendations*, da European Association of Securities Dealers (EASD).

Em 2002, após os graves escândalos financeiros ocorridos – fato que contribuiu ainda mais para a convicção generalizada de que os sistemas de governança corporativa sofriam graves insuficiências e podiam colocar em risco a integridade dos mercados de capitais –, os ministros da OECD deliberaram uma avaliação e revisão geral dos princípios. A tarefa realizou-se pelo Grupo de Orientação (*Steering Group*) sobre Governança Corporativa da OECD, nos termos do mandato que lhe foi conferido em 2002.

A reforma apoiou-se na experiência conjunta dos países-membros e de economias fora da zona da OECD. Foram realizadas consultas ao setor privado, aos trabalhadores, à sociedade civil, a peritos internacionalmente reconhecidos. O processo contou, ainda, com sugestões recolhidas na Internet (ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2004, p. 3). Na versão revista, publicada em abril de 2004, foram introduzidos

novos preceitos destinados a completar e aperfeiçoar o quadro normativo elaborado em 1999, embora sempre com o propósito de evitar pormenorizações que pudessem comprometer sua aplicabilidade nos diferentes países e regiões.

O percurso histórico dos códigos de governança corporativa fez com que, após o informe da OECD, o movimento de codificação voluntária se tornasse sólido e com dimensão mundial. A proliferação de códigos, a partir de 1999, é visível e não se limitou aos países de economia avançada. Diversos países emergentes de todos os continentes têm apresentado proposições formais. Citam-se, por exemplo, na América Latina, o Brasil, o México e o Peru; na Europa, Grécia, Malta, Chipre, Turquia e Macedônia; na Ásia, os Tigres do Sudeste, o Paquistão e a Índia; na África, o Quênia e a África do Sul. Por fim, países coletivistas do Leste Europeu, que viveram grande parte do século XX isolados pela chamada “cortina de ferro”, como a Romênia, a República Tcheca, a Eslováquia e a Rússia.¹²

A partir da publicação do informe da OECD, o movimento se tornou sólido e com dimensão mundial, não se limitando aos países de economia avançada. Em 2015, juntamente com o G20, nova versão foi apresentada. De igual modo, verifica-se que os trabalhos vêm sendo ampliados e linhas guias para governança corporativa foram traçadas também para sociedades não listadas em bolsa e sociedades com ações estatais.

2.2.4 A codificação voluntária no Brasil

No Brasil, coube ao Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) as maiores iniciativas sobre o assunto. O código das melhores práticas de governança corporativa encontra-se atualmente em sua quarta edição e vem contendo as tendências mais modernas sobre o assunto. Conforme a última edição nos informa:

A primeira edição, lançada em 1999, era focada somente no Conselho de Administração e foi revisada em 2001, passando a incluir recomendações para os demais agentes de Governança Corporativa, como sócios, gestores, auditorias e Conselho Fiscal. O documento foi novamente revisado em 2004, com a atualização do seu conteúdo voltada para as demandas do mercado à época no País (INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA, 2004, p. 13).

¹² Uma lista completa e atualizada sobre códigos de governança corporativa pode ser encontrada em: <http://www.ecgi.org/codes/all_codes.php>.

A Comissão de Valores Mobiliários brasileira também aderiu ao movimento em 2002 através da divulgação de suas “Recomendações da CVM sobre governança corporativa”. O documento é uma espécie de cartilha com a CVM sugestiva que busca estimular o desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro por meio da divulgação de práticas de boa governança corporativa (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, 2002, p. 2).

A autorregulamentação sobre governança corporativa no Brasil tem um outro marco relevante. Em dezembro de 2000, a Bolsa de Valores do Estado de São Paulo (BOVESPA), a mais importante do país, lançou três novos segmentos de mercado – os chamados níveis 1, 2 e Novo Mercado. Cada segmento contém regras progressivamente mais severas. A participação no Novo Mercado não está condicionada ao porte da companhia ou ao seu setor de atuação. Exige-se a alteração dos estatutos de forma a cumprir um conjunto de regras societárias rígidas. Um contrato assinado entre a BOVESPA e a empresa, com a participação de controladores e administradores, fortalece a sua exigibilidade e a proliferação de suas recomendações.¹³

2.3 Funções e efeitos

2.3.1 Complementação

A primeira função que se aponta para os códigos de governo societário é a de complementar o sistema de regras atinentes à gestão societária, suprimindo algumas deficiências existentes, atendendo ao dinamismo e à especialização dos mercados de valores modernos (AGUILERA; CUERVO-CAZURRA, 2004, p. 417).

A flexibilidade resultante da regulação voluntária facilita o tratamento de questões cada vez mais complexas, com respeito às particularidades de cada empresa, cada setor econômico e cada país (SILVA *et al.*, 2006, p. 32 *et seq.*). A contribuição de informes com essa natureza transcende o simples aperfeiçoamento das leis vigentes, propiciando um real alargamento de ferramentas normativas. Revela-se, assim, como algo consistente, cuja importância é reconhecida por documentos de repercussão internacional, como o *Report of the High Level Group of Company Law Expert on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe* (THE HIGH LEVEL GROUP OF COMPANY LAW EXPERTS, 2002, p. 31).

¹³ Informações complementares sobre o Novo Mercado podem ser obtidas em: <<http://www.bmfbovespa.com.br/pt-br/servicos/solucoes-para-empresas/segmentos-de-listagem/novo-mercado.aspx?idioma=pt-br>>.

Deve-se, porém, no entender deste trabalho, afastar a ideia de que a regulação voluntária faz parte de um movimento de desregulamentação do direito societário, apresentando-se como um meio substitutivo das normas de direito. As modificações das regras relativas ao governo societário por via legal ou voluntária não devem nem podem ser consideradas alternativas opostas. A opção política não consiste, desse modo, na eleição de uma ou outra via como meio excludente. A utilização de ambas parece perfeitamente ajustada e até mesmo recomendável (RUIZ, 2002, p. 1784; VELASCO, 1999, p. 162).

O caminho está traçado no sentido de que a atuação dos mercados e a regulação voluntária sejam conjugadas com um ambiente legalmente definido para impedir fraudes (ABREU, 2005, p. 28). O desenvolvimento histórico relativo à matéria não deixa margem a dúvidas de que essa é a tendência, uma vez que se presenciam, hodiernamente, inúmeras reformas legislativas nos países em que os códigos de governo societário proliferaram e continuam a proliferar, como nos Estados Unidos, Alemanha, Espanha, França, Portugal, Brasil, entre outros.

Dentro da função complementar, surge uma questão de real importância: é possível o Poder Judiciário utilizar tais documentos para o preenchimento de lacunas existentes em um determinado ordenamento jurídico?

O problema não é dos mais complicados nos sistemas jurídicos pertencentes à família da *common law*, posto que a flexibilidade das legislações e a grande autonomia dos juízes e tribunais na aplicação do direito permitem a assimilação de normas não jurídicas com maior facilidade, principalmente na ausência de precedentes. A princípio, presume-se, nesse sistema, que toda lei apresenta lacunas e cabe aos juízes preenchê-las. Não se aplica, portanto, o dogma positivista, típico dos sistemas romano-germânicos, da plenitude do ordenamento jurídico. O legislador não pretende exaurir o direito, que vai sendo desenvolvido, historicamente, a partir da atividade judicial. O Poder Judiciário possui liberdade para aceitar a influência externa (SILVEIRA, 2004)

Nos sistemas de origem romano-germânica, a matéria mostra-se bem mais complexa. A temática das lacunas no direito é uma das mais árduas, havendo, até mesmo, autores de peso que se pronunciam pela sua inexistência (AMARAL, 2001). Controvérsias à parte, reconhece-se a impossibilidade da previsão de todos os fatos da vida pelas leis, o que acarreta, se não lacunas no direito, lacunas na legislação (LOPES, 1989, p. 181).

Caracteriza-se uma lacuna quando a lei é omissa ou falha em relação a determinado caso. A constatação de sua existência

ocorre no exato instante em que o magistrado, ao buscar no corpo legislativo o direito a ser aplicado ao caso concreto, não encontra, nas fontes tradicionais, um preceito que solucione a lide proposta. Nessas situações, deve servir-se de outros meios para a solução da lide proposta, posto que não pode deixar de se pronunciar, mas não goza da mesma liberdade presente nos sistemas derivados da *common law*. Normalmente, a própria lei põe à disposição do aplicador do direito os meios dos quais pode utilizar-se para o preenchimento da lacuna existente, regra que apresenta alguma variação de país para país. A aplicação dos códigos de governo societário como meio de preenchimento de lacunas não será, portanto, uniforme.

O direito brasileiro, por exemplo, contempla, no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. A doutrina dominante entende que os meios de preenchimento das lacunas são apresentados de forma hierárquica, não podendo o aplicador do direito utilizar-se de forma indiscriminada de um dos meios, mas devendo valer-se deles na ordem descrita pela lei.

Cria-se, em virtude disso, outra dúvida. Os códigos voluntários são fontes de costume?

Não é possível responder a essa indagação sem se estabelecer o que o legislador quis dizer com o termo “costume”, cujo significado não é sempre igual em todos os países. A doutrina brasileira o tem considerado, majoritariamente, como sendo uma norma que deriva da longa prática uniforme, geral e constante repetição de dado comportamento sob a convicção de que corresponde a uma necessidade jurídica. (MONTEIRO, 1966, p. 19 *et seq.*). Nessa perspectiva, tem-se que o conteúdo dos informes já está consolidado, razão pela qual, no entender deste estudo, devem ser considerados fonte de costume.

Destarte, no Brasil, a utilização de documentos dessa natureza para o preenchimento de lacunas pode ser relacionada também à adequação deles àquelas enunciações normativas de cunho genérico (princípios gerais do direito) que condicionam e norteiam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação, quer para a elaboração de novas normas.

2.3.2 Avaliação de deficiências

Decorrente direta da função complementar é a promoção de uma real e contínua avaliação das regras e condições relativas ao governo societário. A referida premissa baseia-se na ideia

de que, se os códigos visam ao aprimoramento do sistema como um todo, é necessário detectar quais são os pontos falhos para depois apresentar propostas que diminuam sua vulnerabilidade.

Assim sendo, muitos dos informes são precedidos de estudos e pesquisas orientados para atender a essa aspiração, permitindo um fluxo de informações mais detalhado acerca de cada país ou localidade. Nesse sentido, pode-se citar, como exemplos, o código da OECD, o *Cadbury Report* e o código alemão de governo societário.

2.3.3 Estímulo ao debate, intercâmbio jurídico-cultural e interdisciplinar

Extremamente ligados tanto à função complementar quanto à avaliação das deficiências estão o estímulo ao debate e o intercâmbio jurídico-cultural e interdisciplinar que a elaboração dos informes promove.

O histórico dos referidos instrumentos demonstra incontestavelmente essa realidade. Desde os primeiros códigos americanos, promovidos por instituições de juristas e acadêmicos, passando-se pelas pioneiras comissões de notáveis ingleses, exemplo seguido pelos alemães e portugueses, entre outros, tem-se percebido aumento no número de debates que buscam novos caminhos.

Como os informes são, normalmente, de fácil acesso aos interessados e trazem, muitas vezes, esclarecimentos sobre as legislações nacionais, proporcionam intercâmbio jurídico-cultural intenso, pois servem como inspiração a outros documentos e a novas soluções.

A forma como o direito se desenvolve em Estados estrangeiros sempre foi uma importante fonte na evolução dos sistemas jurídicos como um todo. Todavia, ao longo dos tempos, essa fonte ficou restrita aos intelectuais e acadêmicos, geralmente com recursos financeiros suficientes para a importação dos materiais necessários ou ligados a instituições de ensino de grande porte. Essa realidade, pelos menos no que diz respeito ao direito societário, foi amenizada nos últimos anos. Os meios eletrônicos de proliferação das informações, as bibliotecas *on-line* e os códigos voluntários constituem, sem dúvida, componentes importantes para a popularização das informações interculturais.

Por meio dos informes é possível obter-se, de modo geral, pelo menos superficialmente, uma primeira ideia de como funcionam alguns sistemas jurídicos antes completamente desconhecidos no mundo ocidental. A existência de documentos em paí-

ses como a China, Rússia e Japão contendo, quase sempre, uma versão em língua estrangeira, notadamente o inglês, serve como exemplo irrefutável disso.

O intercâmbio não ocorre somente no campo do direito. Há clara aproximação entre diversas áreas do conhecimento científico. O direito, a economia, a contabilidade, a administração de empresas, a sociologia, entre outras, nunca estiveram tão ligados. O movimento de codificação voluntária contribui, efetivamente, para essa convergência, sendo comum, nas comissões que elaboram documentos dessa natureza, a presença de representantes de diversas áreas.

2.3.4 Interpretação

Ao se analisar a utilidade normativa dos códigos de governo societário, é preciso refletir sobre a possibilidade de servirem como mecanismo de auxílio interpretativo da lei.

As técnicas de interpretação judicial apresentam variações de acordo com a ideologia que orienta a atividade da magistratura, o direito e as suas relações com o Poder Legislativo (MAGALONI, 1997, p. 131).

Mais uma vez, as diferenças entre os sistemas jurídicos fazem-se notar.

Apesar do grande debate existente no campo das ciências jurídico-processualistas, nos sistemas da *civil law*, prevalece a aplicação rígida e restrita da lei, evitando-se, no ato interpretativo, questões valorativas ou outro tipo de consideração extranormativa, matérias tratadas pelo legislador (MACHADO, 2004, p. 4). Vigora, em outras palavras, o modelo de um juiz vinculado, que se limita a aplicar uma lei preexistente a uma disputa em particular. Como consequência lógica do sistema, o juiz interpreta a norma conforme ela foi concebida pelo legislador. O trabalho da magistratura não é, dessa forma, essencialmente criativo. Dentro desse prisma, somente nas situações em que a lei for silenciosa, insuficiente ou estabelecer conceitos indeterminados abre-se margem para certa discricionariedade.

Nos sistemas pertencentes à família da *common law*, a realidade se altera significativamente. Conforme já exposto, o direito é entendido como um instrumento de solução de conflitos e não como uma formalização normativa abstrata e geral, sendo, portanto, um modo de pensamento judicial e jurídico com a finalidade de resolver problemas legais. Dessa forma, incumbe ao juiz dar uma interpretação evolutiva ao material normativo, para que as normas gerais (advindas da Constituição, de uma lei ou

de um precedente) respondam às necessidades e demandas concretas da sociedade. A função do juiz contempla, portanto, um aspecto criativo, apesar de existirem limitações. O magistrado deve sempre demonstrar a adequação de sua decisão às razões formais ou substantivas dos precedentes próprios ou de órgãos hierarquicamente superiores, mas é inegável que o seu papel é menos restrito do que no sistema da *civil law*. Isso faz com que haja uma constante evolução da doutrina judicial, estabelecida por meio de um diálogo contínuo entre os órgãos jurisdicionais (SILVEIRA, 2004).

Diante do quadro apresentado, infere-se que a formatação do sistema da *common law* permite a utilização dos códigos de governo societário como elementos de auxílio na interpretação de forma muito mais consistente do que nos sistemas da *civil law*.

2.3.5 Educação

Outra utilidade atribuída aos códigos de governo societário é a divulgação de boas práticas referentes à gestão das sociedades.

Os informes voluntários mobilizam as atenções do mercado e dos governos de Estado para questões consideradas primordiais, expressando, de forma simples e acessível, o que a doutrina de diversos campos de conhecimento (direito, administração, economia etc.) considera crucial para a condução eficaz das grandes sociedades. Cumpre-se, assim, uma função que, em parte, é educadora, tornando mais acessível a compreensão das boas e das más condutas na administração das empresas.

O estabelecimento de padrões claros de comportamento ético e de modelos estruturais idealizados permite que as diversas partes envolvidas – não só os especialistas – avaliem as medidas adotadas por uma empresa. Ao espalhar o conhecimento, acende-se um sinal de alerta que culmina, em última análise, na prevenção de irregularidades e ilícitos.

Convém assinalar, ainda, que muitos códigos, como o alemão, repetem ideias já contidas em leis com caráter injuntivo, justamente com o objetivo de esclarecer os procedimentos legais, o que reforça a ideia de que esses documentos têm, de fato, o interesse em educar, propalando procedimentos saudáveis, promovendo um estado de consciência necessário (WEIL, GOTSHAL & MANGES, 2002, p. 6).

2.3.6 Aumento do fluxo de informações

Os códigos de governo societário que contemplam a regra do *comply or explain* (imposta por contrato, lei, regulamento

ou pela grande penetração social do emissor do informe) promovem o aumento do fluxo de informações sobre as sociedades e a maneira como estas são administradas, ideia abordada inúmeras vezes no decorrer deste artigo.

Importa relevar que, como as regras a serem cumpridas ou explicadas são idênticas para todas as empresas do mesmo setor de atuação, as declarações emitidas pelas sociedades facilitam, evidentemente, a comparação pública, na medida em que revelam as virtudes e as deficiências de cada uma delas.

2.3.7 Formação de uma cultura de mercado global

Causa certa polêmica posicionar-se quanto à participação dos códigos de governo societário na formação, em longo prazo, de uma cultura de mercado global. Existe caloroso debate acerca da possibilidade ou não de convergência internacional dos sistemas de governo societário, o que traz aparente dificuldade para a aceitação dessa função (CÂMARA, 2002, p. 84 et seq.).

Para alguma doutrina, as forças de mercado e a competição entre as sociedades proporcionam aproximação de padrões de conduta que conduzem a uma inevitável articulação e aproximação dos códigos de governo. Como um *darwinismo normativo*, as normas constantes nos códigos mais eficientes eliminariam as menos eficientes e o mundo empresarial caminharía para a uniformidade (EISENBERG, 1999, p. 109 et seq.). Diante dessa perspectiva, uma cultura de mercado global uníssona seria não somente possível como também provável, chegando-se até mesmo a levantar dúvidas quanto à subsistência da soberania dos Estados (HOPT, 2002, p. 193 et seq.).

Em contrapartida, outros defendem que a dependência de estruturas culturais preexistentes (*path dependence*) a cada ordenamento jurídico funcionaria como obstáculo intransponível para alterações dos padrões de governo das sociedades que estariam condenados a eternas diferenças (ROE; BEBCHUK, 1999, p. 127 et seq.).

Existem, ainda, os que, apesar de reconhecerem o atual contexto de aproximação, julgam não ser previsível a convergência plena ou uniforme (ABREU, 2005, p. 18).

Os estudos comparativos sobre os informes voluntários demonstram inúmeras semelhanças quanto ao seu conteúdo, ao mesmo tempo em que reconhecem que as diferenças jurídicas e culturais permanecem fortemente enraizadas (WEIL, GOTSHAL & MANGES, 2002, p. 6).

Diante das correntes opostas, questiona-se: é possível dizer que os códigos de governo societário têm como função formar uma cultura de mercado global?

No entender deste trabalho, a resposta é positiva. Ocorre que, independentemente da posição adotada, verifica-se um conjunto mínimo de práticas que precisam ser compreendidas e adotadas mundialmente, e, para isso, os códigos têm contribuído imensamente. Mesmo que não se atinja uma justaposição completa das práticas, não há como negar que, pelo menos parcialmente, têm-se desenvolvido práticas comuns aceitas em todos os cantos, proliferadas essencialmente por informes dessa natureza.

2.3.8 Intervenção normativa gradual do Estado

Os documentos de cumprimento voluntário proferidos por autoridades públicas servem como instrumento para uma intervenção gradativa em áreas em que se pretende inserir mudanças de natureza injuntiva (CÂMARA, 2002, p. 80).

A técnica parece ser das mais interessantes em campos em que possa existir alguma resistência decorrente de aspectos culturais e práticas pouco recomendáveis, mas profundamente difundidas, pois, ao mesmo tempo em que prepara o ambiente para que mudanças sejam implementadas por leis ou regulamentos (WEIL, GOTSHAL & MANGES, 2002, p. 6), não o faz de maneira brusca, evitando os traumas que qualquer alteração radical provoca. Nesse sentido, os informes, principalmente os nacionais e proferidos por entidades ligadas ao Estado, funcionariam como uma alternativa criativa e vantajosa para um prazo de *vacatio legis* (CÂMARA, 2002, p. 80).

Além disso, podem ser utilizados como laboratórios de futuras soluções normativas, testando opções de regulação e observando como o mercado reage a elas (CÂMARA, 2002, p. 79).

2.3.9 Agregação de valores

Indaga-se, frequentemente, nos meios acadêmicos e empresariais, se há relação de causa e efeito entre a adoção das práticas previstas em códigos de governo societário e o valor das empresas em bolsa.

Embora seja cedo para uma conclusão mais apurada e definitiva sobre o assunto, alguns estudos publicados recentemente sugerem que a assimilação voluntária de condutas destinadas à melhoria na qualidade dos sistemas de direção e controle socie-

tários apresenta reflexos positivos em seu valor de mercado. A lógica que sustenta a referida teoria é a de que empresas com boas condutas são mais procuradas pelos investidores, o que resulta na redução do seu custo de capital e na valorização de suas ações.

Segundo José Guimarães Monforte, ex-presidente do IBGC, o mercado, para formar o preço, funciona como uma “máquina de prêmio-desconto”, na qual o fator determinante é o risco. Quando uma sociedade adota postura reconhecidamente saudável quanto à gestão dos negócios, essa atitude positiva leva os investidores à percepção de que o risco de expropriação é menor e, em consequência, ocorre redução nas taxas de desconto e ocorrência de prêmio nas ações das companhias bem avaliadas pelo mercado. Questões desse tipo são, portanto, consideradas pelos investidores de longo prazo, especialmente os institucionais, no momento em que estabelecem o quanto estão dispostos a pagar por uma determinada ação.

Partindo-se desses indícios, deduz-se que o cumprimento das disposições presentes em informes de natureza voluntária acarreta indiretamente ágio no valor das ações, o que incentiva a fixação desses instrumentos pelas empresas. Os custos advindos com a criação de instrumentos internos de monitoramento e controle são, de certa maneira, compensados pelo aumento do valor de mercado das empresas.

Conclusão

A autorregulamentação nas questões referentes à gestão e ao controle das grandes sociedades anônimas parece-nos um fenômeno contemporâneo sólido e consolidado. Como ficou demonstrado no decorrer deste artigo, trata-se de instrumento jurídico com grande utilidade prática e teórica.

Em virtude disso, entendemos que a análise desse mecanismo deve receber uma atenção crescente por parte da academia jurídica. Existem ainda muitas questões que precisam ser pensadas e desenvolvidas. O desafio está lançado.

Referências

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho. **Governança das sociedades**. Coimbra: Almedina, 2006.
- AGUILERA, Ruth; CUERVO-CAZURRA, Alvaro. Codes of good governance worldwide: what is the trigger? **Organization Studies**, Minnesota, v. 25, n. 3, p. 415-443, jan. 2004.
- AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. As lacunas da lei e as formas de aplicação do Direito. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 49, fev. 2001. Não paginado. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=30>>. Acesso em: 21 set. 2006.
- ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, Jose Paschoal. **Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências**. São Paulo: Atlas, 2004.
- BLACK, Bernard. Is corporate law trivial? A political and economic analysis. **Northwestern University Review**, Northwestern, v. 84, p. 542-597, 1990.
- CARLSSON, Rolf. **Ownership and value creation: strategic corporate governance in the new economy**. 1. ed. New York: John Wiley & Sons, 2001.
- CÂMARA, Paulo. Códigos de Governo das Sociedades. **Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários**, Lisboa, n. 15, p. 65-90, dez. 2002.
- COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Recomendações sobre Governança Corporativa**. São Paulo: CVM, 2002.
- DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. 3. ed. São Paulo: Forense, 1973.
- EISENBERG, Melvin A. An overview of the principles of Corporate Governance. **The Business Lawyer**, Cambridge, 48, p. 1271-1296, 1993.
- EISENBERG, Melvin A. Perspectivas de convergência global dos sistemas de direcção e controlo das sociedades. **Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários**, Lisboa, n. 5, p. 107-130, ago. 1999.
- EISENBERG, Melvin A. The modernization of Corporate Law: An essay for Bill Cary. **University of Miami Law Review**, Miami, 37, p. 187-212, jan. 1983.
- ERSE, Cristiano Starling. **Códigos de Governo Societário: regulação voluntária**. 2007. 200 fls. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra/Portugal, Coimbra, 2007.
- ERSE, Cristiano Starling. Códigos de Governança Corporativa: regulação voluntária. **Revista da Faculdade de Direito Padre Arnaldo Janssen**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 24-51, 2008.
- ERSE, Cristiano Starling. O que é e porque se fala tanto em governança corporativa. **R2A: Revista de Administração Arnaldo**, Belo Horizonte, v. 2, n. 1, p. 11-17, 2010.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

HOPT, K. J. Common principles of corporate governance in Europe? In: McCahery, Joseph A. (org). *Corporate Governance Regimes – Convergence and Diversity*. New York: Oxford University Press, 2002.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA (IBGC). **Código das melhores práticas de governança corporativa**. São Paulo: IBGC, 2004.

JENSEN, Michael; MECKLING, William H. Theory of firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. **Journal of financial economics**, Amsterdam, v. 3, n. 4, p. 305-360, jul. 1976.

LA PORTA, Rafael et al. Law and Finance. **Journal of Political Economy**, Chicago, v. 106, n. 6, p. 1113-1155, dez. 1998.

LAUTENSCHLEGER JÚNIOR, Nilson. **Os desafios propostos pela governança corporativa ao direito empresarial brasileiro**: ensaio de uma reflexão crítica e comparada. São Paulo: Malheiros, 2005.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989.

MACHADO, Fábio Cardoso. Breves considerações sobre a função jurisdicional nos sistemas anglo-saxão e romano-germânico. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 343, 15 jun. 2004. Não paginado. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5333>>. Acesso em: 21 set. 2006.

MAGALONI, Ana Laura. El juez norteamericano ante la ley: las téc-

nicas de interpretación del statute law. **Isonomía**, Cidade do México, n. 6, p. 131-148, abr. 1997.

MARTÍN, Guillermo Guerra. **El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses**: su influencia en el movimiento de reforma del derecho europeo. Navarro: Editorial Aranzadi, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. Parte geral. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1966.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. **Empresa contemporânea e o direito societário**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **OECD principles of corporate governance**. Paris: OECD, 2004.

ROE, M. J.; BEBCHUK, Lucian A. A theory of path dependence in corporate governance and ownership. **Stanford Law Review**, Stanford, v. 52, p. 127-170, out. 1999.

RUIZ, M. O. El gobierno de las sociedades. In: **Derecho de sociedades, Libro Homenaje al Profesor Fernando Sanches Calero**, vol. II. Madrid: McGraw-Hill Interamericana de España S.L, 2002. p. 1771-1804.

SILVA, A. S. et al. **Livro branco sobre Corporate Governance em Portugal**. Lisboa: Instituto Português de Corporate Governance, 2006.

SILVEIRA, M. C. D. Interpretação judicial da lei: noções gerais e peculiaridades do sistema norte-ame-

ricano. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 503, 22 nov. 2004. Não paginado. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5967>>. Acesso em: 21 nov. 2006.

THE HIGH LEVEL GROUP OF COMPANY LAW EXPERTS. **Report of the High Level Group of Company Law Expert on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe**. Bruxelas: UE, 2002.

TUDO. **Dicionário Enciclopédico**. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

VELASCO, Gaudencio Esteban. La renovación de la estructura de la administración en el marco del debate sobre governo corporativo. In: VELASCO, Gaudencio Esteban. **El gobierno de las sociedades cotizadas**. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1999. p. 137-212.

WEIL, GOTSHAL & MANGES, L.L.P. **Comparative Study of Corporate Governance Codes Relevant to the European Union and its Members States**. Final Report & Annexes I-IV. Nova York: WGM, 2002.

Inaplicabilidade da Lei de Licitações na formalização de relações fundamentadas na Lei Federal nº 11.908/09

Carolina Reis Jatobá Coêlho

*Advogada da CAIXA no Distrito Federal
Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo
Centro Universitário de Brasília/DF*

RESUMO

A Lei nº 11.908/09 surge como resposta do ordenamento jurídico doméstico à crise econômica mundial de 2008/2009 e confere autorização aos Bancos Estatais Federais para constituir subsidiárias ou controladas com o objetivo de fomentar o auxílio na execução de seus respectivos objetos sociais para enfrentamento das consequências da crise, que até hoje, salienta-se, são sentidas. Neste sentido, sustenta-se, ao longo do artigo, que as relações advindas dessa “parceria público-privada” (*lato sensu*) estabelecida em um neoempreendedorismo decorrente de um capitalismo de Estado ocorrem em um contexto em que se fortalece a concorrência de ambos os parceiros, numa sinergia que singulariza a relação. Concebidas, portanto, em um contexto privado de arranjo societário, as relações contratuais para fornecimento de bens e prestação de serviços entre eles não podem submeter-se às regras públicas da Lei de Licitações, sob pena de criar-se óbice intransponível à atividade concorrencial das instituições financeiras estatais.

Palavras-chave: Bancos Estatais Brasileiros. Conglomerados e Grupos. Parcerias – Lei nº 11.908/09. Inaplicabilidade da Lei de Licitações.

SUMMARY

The Brazilian Federal Law nº 11.908/09 is a response of the domestic legal system to the global economic crisis of 2008/2009 and gives authorization to the Federal State Banks to establish subsidiaries, aiming to foster aid in the execution of their social objects to face the consequences of the crisis, that are felt even today. This paper deals with the arising of this “public-private partnership” established on a state capitalist

context which strengthens competition from both partners, a synergy that distinguishes the relationship between the public and private partners. Conceived in a private context of corporate arrangement, the contractual relationships for goods and services between them can not be subject to the rules of the Public Procurement Law, otherwise create obstacle to competitive activity state financial institutions.

Keywords: State Brazilian Banks. Groups and Conglomerates. Partnerships – Law nº 11.908/09. Inapplicability of Public Procedures.

Introdução

Muito se tem questionado sobre a intervenção estatal na Economia e tais questionamentos persistem de tal forma ao longo da formação do Estado que se pode, de forma analógica, compará-los com pêndulos históricos que oscilam constantemente entre as posições políticas na defesa de uma intervenção mínima ou máxima, passando por zonas cinzentas¹ (SOUTO, 2003, p. 1-55).

No Brasil, pode-se citar que a Constituição de 1934 previu a nacionalização de bancos e o fomento ao desenvolvimento do crédito² no artigo 117, bem como a formação de monopólios estatais, conforme artigo 116. A Carta Constitucional seguinte, de 1937, de cunho mais liberal, propugnava a intervenção do Estado na Economia tão somente para suprir deficiências da iniciativa individual e coordenar fatores de produção. Ao Estado moldado pelo neoliberalismo do governo FHC, segue-se um Estado de Bem-Estar Social caracterizado por um ordenamento jurídico dirigista com apoio em políticas públicas, no governo Lula. Cada modelo econômico corresponde a um modelo de Estado, destacando-se o Estado Absolutista, o Estado de Direito, o Estado Social, o Estado Pós-Social e o Estado Cooperativo.

Particularmente, sobre a forma direta de intervenção pela exploração estatal da atividade econômica no Brasil, definiu-se, no marco constitucional de 1988, que, muito além da mera descentralização de atividades da Administração Pública, a prestação de objetos comerciais e industriais com intuito de lucro pelo próprio Estado seria uma materialização dos conceitos de imperativo de segurança nacional ou relevante interesse públi-

¹ Neste sentido, confira-se ainda Aragão (2009, p. 38) e Estorninho (1996, p. 23-58).

² BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 ago. 2014.

co definido em lei³, na dupla formatação jurídico-institucional destinada a tal desiderato: Empresas Públicas ou Sociedades de Economia Mista, ambas regidas pelo direito privado.⁴ Em outras palavras, por princípio, o setor público só poderia atuar onde a presença do particular fosse ineficiente ou insuficiente e, mesmo assim, de forma excepcional.

Não foi, contudo, este o arranjo histórico-jurídico que delineou a atuação direta do Estado no Brasil. A empresa estatal (*lato sensu*)⁵ surge mais fortemente nas décadas de 30 a 70⁶ na intenção de colmatar espaços vazios deixados pelo próprio setor privado na economia brasileira, de forma a exercer a atividade

³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 ago. 2014. "Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei." Entende-se difícilimo conformar os sentidos de forma unívoca dos vocábulos "relevante interesse coletivo" e "segurança nacional" dispostos no dispositivo constitucional do artigo 173. Não existe a referida lei mencionada na Constituição Federal. Entretanto, com efeito, defende-se que a grande brecha legislativa confere ampla liberdade discricionária ao Estado para delimitar os efeitos de tal previsão.

⁴ BRASIL. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 ago. 2014. Nos termos da referida norma: "Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se: [...] II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969) III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969)".

⁵ Neste trabalho, adota-se o vocábulo Empresa Estatal como gênero, para fins de tratar tanto da Empresa Pública quanto da Sociedade de Economia Mista.

⁶ Destaca-se a política econômica fixada pelo governo Vargas e a valorização da Companhia Siderúrgica Nacional – CSN, criada em 1941 sob a forma de Sociedade de Economia Mista com participação majoritária do Tesouro Nacional, bem como da Companhia Vale do Rio Doce – CVRD, que nasceu vocacionada à exportação. Também destaca-se o nascimento da Petrobras com apelo nacionalista na década de 50. A substituição de importações e a necessidade de função regulatória eram as principais tônicas da maioria das criações das figuras estatais.

econômica em sentido estrito para suprir a carência empresarial em determinados setores.

A intervenção estatal destinava-se, enfim, a desenvolver o mercado interno, já que nos países em desenvolvimento, principalmente os de capitalismo tardio, como é o caso tupiniquim, a assunção de atividades privadas pelo Estado apresentava-se como principal exercício do papel econômico, em clara posição protagonista, muitas vezes como monopolista ou líder de mercado (PINTO JÚNIOR, 2010, p. 10-25).

O verdadeiro marco do capitalismo brasileiro deu-se somente com investimentos públicos e inaugurais⁷ nos setores siderúrgico, petrolífero e elétrico e bancário, em razão não só de sua importância estratégica mas também diante de retornos incertos e baixa rentabilidade do setor, o que deixou muitos particulares tímidos para assumir os riscos dessa seara (PINTO JÚNIOR, 2010, p. 10-25).

Esse panorama confirma, sobretudo, a visão de que tanto o direito quanto o jurídico importam na formatação institucional, “mas os modelos ou arranjos devem refletir diferenças entre escolhas e preferências sociais que reforçam particularidades históricas, culturais e políticas.” (SCHAPIRO, 2010, p. 32)

No setor financeiro brasileiro, destaca-se que os bancos estatais ostentaram um papel protagonista não só na atividade bancária de *per se* mas também como instrumento eficaz na condução de políticas econômicas.⁸ O desenvolvimento da atividade bancária no Brasil sempre foi não só fomentado mas principalmente executado pelo próprio Estado. Para elucidar essa questão, destaca-se a seguir a história institucional resumida de cada um dos bancos estatais brasileiros.

Ainda sob a égide da Monarquia, o Primeiro Banco do Brasil surgiu diante da vinda da Corte Portuguesa para o Brasil em 1808, com o propósito mais financeiro do que econômico, considerando as necessidades da Coroa, motivo pelo qual sua extinção deu-se quando do retorno da Família Real a Portugal. O Segun-

⁷ Diferentemente do que aconteceu, por exemplo, na Europa, onde o fluxo de nacionalização ocorreu depois do capitalismo consolidado. Em verdade, atualmente o cenário europeu aponta para a continuidade da participação estatal nas empresas privatizadas, por intermédio das golden shares, que seriam ações preferenciais de classe especial, que carregariam prerrogativas que concederiam ingerências estatais nas empresas privadas. Confira-se Rodrigues (2004, p. 14).

⁸ BANCO DO BRASIL. História. Disponível em <<http://www.bb.com.br/portallbb/page301,9171,9171,21,0,1,1.bb?codigoNoticia=8300&codigoMenu=5902>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

do Banco do Brasil nasceu em 1853, no Segundo Reinado, diante de conjunturas políticas, já que a centralização do Império requeria uma estrutura nacional governamental que não se restringisse à esfera do financiamento comercial, concedido também por bancos comerciais. Em 1864 ocorre uma crise financeira circunstanciada pela Guerra do Paraguai, o que desencadeou fechamento de bancos e abalou as finanças públicas. A crise evidência o uso do Banco do Brasil como instrumento de política econômica, ao autorizar a emissão de papéis para fins de aumento do meio circulante.⁹

A CAIXA, por sua vez, foi criada em 1861, na época imperial sob a regência de D. Pedro para permitir que pequenos comerciantes, negros alforriados e população de baixa renda cultivassem o hábito da poupança (BUENO, 2002, p. 20-23). A CAIXA é pioneira como banco social. Foi criada para atender uma classe então excluída do universo econômico e da participação ativa na política do país no século XIX. Vejamos:

pequenos comerciantes, homens e mulheres de baixa renda, submetidos a trabalhos braçais de pouco ganho; mulheres e homens negros apesados e surrados pelo trabalho escravo e pela vida, que pretendiam poupar para conquistar a tão sonhada carta de alforria; negros e negras alforriados que também pretendiam conquistar a “efetiva” liberdade econômica, em detrimento dos mandos de seus ex-senhores (SANTOS, 2011, p. 169).

Atribui-se essa característica de banco popular surgido não de iniciativa popular advinda do momento histórico ou político vivido no Brasil, mas muito se deve aos ideais modernistas cultivados por D. Pedro II, um homem viajado, conhecedor da efervescência cultural do mundo, a frente de seu tempo e que pensava ser inconcebível aliar modernidade brasileira a um regime escravista e vida insalubre, como muitos brasileiros viviam à época (SCHWARCZ, 2007).

Depois da instituição do que se denomina Estado Social, soma-se ao figurino natural das instituições financeiras públicas uma roupagem com duplo viés de prestadoras de serviços públicos, executoras de políticas públicas governamentais (denominadas atividades de banco social) e também exploradoras da

⁹ BANCO DO BRASIL. História. Disponível em < <http://www.bb.com.br/portalbb/page301,9171,9171,21,0,1,1.bb?codigoNoticia=8300&codigoMenu=5902> >. Acesso em 25.08.2014. BUENO, Eduardo. **CAIXA. Uma História Brasileira**. São Paulo: Metalivros, 2002, p. 20-23.

atividade econômica *stricto sensu* (banco comercial) atuando em evidente concorrência com a iniciativa privada.

Contemporaneamente, mesmo após as privatizações e nacionalizações de alguns setores econômicos, a exemplo do energético e do de telecomunicações durante os anos 90 a 2000, ocasião na qual muito se falou sobre o possível afastamento entre Setor Privado e Público, entende-se que as relações entre Economia e Estado seguem cada vez mais próximas e encontram fundamento jurídico, sociológico e administrativo no novo paradigma da Administração Pública gerencial.

Além da adoção de modelos e formas privadas de administração, a máquina estatal funcionaria em plena simbiose e complementariedade entre burocracia e mercado, de forma a estabelecer uma verdadeira sociedade entre eles. Essa realidade é observada de forma mais premente após o período temporal do que se denomina pós-modernismo¹⁰, com o inevitável acirramento do fenômeno mundialização/globalização, que intensificou a realidade de um mercado mundial que fomenta a constituição de parcerias com o setor privado, a fim de otimizar instrumentos de atuação estatal, visando imprimir maior eficiência às atividades estatais na atuação finalística decorrente da atividade econômica, bem como na atuação como promotora de políticas públicas e prestadora de serviços públicos.

Portanto, nem o Estado suprimirá o mercado nem o mercado suprimirá o Estado. Atualmente, no neologismo de Bremmer, fala-se em um “capitalismo de Estado”, que não excluiu – e talvez não excluirá – a economia de mercado, mas com ela conviverá. Ao contrário, internalizará práticas e iniciativas do mercado, atuando de forma mais eficiente e proativa, com redução de custos e execução mais eficiente de seus serviços, na intenção de melhor atendimento às expectativas da população, quando prestador de serviços públicos e, sobretudo, como agente econômico (BREMNER, 2011)

Essa premissa, já existente no paradigma estatal gerencial, fica mais evidente após a crise econômica mundial de 2008/2009,

¹⁰ Há quem questione um verdadeiro paradigma temporal pós-guerras, denominado por muitos de pós-modernismo ou pós-modernidade. No entanto, não se pode negar a percepção de uma nova feição mundial no que diz respeito à comunicação, influenciada pela tecnologia, um modelo econômico comum baseado no capitalismo, um avanço do consumismo e do individualismo, uma forma de convivência social urbana em detrimento da organização rural, uma nova lógica cultural influenciada pelo mercado etc. Talvez a liquidez das relações, instituições e organizações sociais seja a dinâmica desse movimento, como propõe Bauman (2007).

a qual redesenha o papel do Estado, seja exigindo-se dele novamente uma intervenção articulada para maior regulação precaucional, seja na sua efetiva participação em regime de livre concorrência com o mercado. O duplo fundamento contextual (paradigma estatal gerencial e necessidade de precaução na crise) soma-se a uma análise setorial, já que foi sempre predominante a regulação estatal no setor financeiro para o bom funcionamento dele¹¹, mitigando as crises e fortalecendo o sistema financeiro para que ele não seja atingido diretamente por elas.

A intervenção do Estado sempre foi uma orientação inafastável no segmento financeiro em razão de a intermediação financeira ser considerada estratégica para o crescimento econômico, pela necessidade de multiplicação da moeda escritural e diante mesmo das especificidades da atividade bancária típica, que tornariam o setor particularmente sujeito a crises (PINTO, 2011).

A Lei nº 11.908/2009¹² surge, portanto, neste contexto de nova formatação de parcerias estatais no paradigma administra-

¹¹ Na economia brasileira e nas demais, a regulação do sistema financeiro é objeto de controle da moeda, política de bancarização, acesso ao crédito conforme juros muitas vezes predeterminados, estabelecimento de políticas macroeconômicas para fins de alcance da estabilidade financeira; prestação de garantias, títulos e benefícios e financiamentos a longo prazo para setores econômicos. A cautela, portanto, é justificada diante do risco evidente de uma crise econômico-financeira, o que pode comprometer toda a sociedade, ao desestabilizar os marcos sistêmicos e prudenciais, podendo atingir famílias, empresas e poupadores. Salienta-se, portanto, que o setor financeiro figura entre os setores mais regulados, não só pelo Estado, mas também pelo próprio setor (autorregulação) ou mercado (*Lex Mercatoria*).

¹² BRASIL. **Lei nº 11.908, de 3 de março de 2009.** Autoriza o Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal a constituírem subsidiárias e a adquirirem participação em instituições financeiras sediadas no Brasil; altera as Leis nºs 7.940, de 20 de dezembro de 1989, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 11.524, de 24 de setembro de 2007, e 11.774, de 17 de setembro de 2008; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 ago. 2014. Dispõe os dois primeiros dispositivos legais: "Art. 1º O Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal ficam autorizados a constituir subsidiárias integrais ou controladas, com vistas no cumprimento de atividades de seu objeto social. Art. 2º O Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal, diretamente ou por intermédio de suas subsidiárias, poderão adquirir participação em instituições financeiras, públicas ou privadas, sediadas no Brasil, incluindo empresas dos ramos securitário, previdenciário, de capitalização e demais ramos descritos nos arts. 17 e 18 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, além dos ramos de atividades complementares às do setor financeiro, com ou sem o controle do capital social, observado o disposto no inciso X do caput do art. 10 daquela Lei. (Vide Decreto nº 7.509, de 2011).

tivo gerencial – que já vinha sendo explorado pelo Estado brasileiro, principalmente no setor financeiro, com a constituição e fomento de conglomerados – e na conjuntura de crise para fortalecimento do sistema financeiro nacional, pela valorização de bancos públicos federais e necessidade de conferir estabilidade e higidez econômicas.

A referida lei é decorrente da conversão da Medida Provisória nº 443, de 21 de outubro de 2008, e autoriza o Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal, diretamente ou por intermédio de suas subsidiárias, a adquirir participação em instituições financeiras, públicas ou privadas, sediadas no Brasil, incluindo empresas dos ramos securitário, previdenciário, de capitalização e demais descritos nos artigos 17 e 18.

A norma destaca o fortalecimento do sistema financeiro por participação em empresas privadas, continuando o processo de reestruturação e valorização pelo qual já vinham passando os bancos públicos desde o Plano Real (BASÍLIO et al., 2010).

Vale destacar que, a despeito de a norma tratar sobre regras aplicáveis ao Sistema Financeiro Nacional, uma vez que dispõe sobre ações aplicáveis aos bancos estatais, entende-se que ela não o reestrutura de forma geral, motivo pelo qual não seria objeto de lei complementar como se refere a orientação constitucional. No entanto, é possível o questionamento, sob o ponto de vista da inconstitucionalidade formal da lei, caso se considere os seus impactos em todos os entes afetados do mercado financeiro, o que não afasta completamente eventual ajuizamento de ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade junto ao STF – Supremo Tribunal Federal.

Aliás, se seu nascedouro foi a conversão da MP, também seu ressurgimento passou pela mesma forma. É que também se aprovou recentemente a MP 695/15, que reabriu o prazo, anteriormente restrito até 30 de junho de 2011, para até 31 de dezembro de 2018.

Em relação às ações pós-crise previstas na referida lei, ganham destaque especial a relação societária entre entes privados e públicos do mercado financeiro, geralmente entabulada por acordo de acionistas.

Assevera-se que essa opção figura entre as principais formas utilizadas pelo Estado para atrair e direcionar o comportamento dos capitais privados. Neste sentido, a celebração do acordo traduz-se em contrapartida para obrigação do particular de contribuir para o aprimoramento da gestão e do funcionamento da empresa com conhecimentos, técnicas, *know-how* etc. que detinha no setor econômico específico (RODRIGUES, 2006, p. 99).

Entre os numerosos benefícios decorrentes do tipo de empreendimento, ou, na melhor acepção do neologismo de Guerra (2004), *neoempreendedorismo estatal*, destaca-se que, além de viabilizar com maior perfeição a execução das atividades relacionadas ao objetivo social da Estatal, o lucro das operações reverteria para o setor público através de dividendos, isso tudo sem considerar a obviedade de que o Estado viabilizaria uma gestão mais eficiente de sua atuação, resguardando o interesse público e o caro princípio constitucional da eficiência, tão carente de concretização na Administração Pública atual.

Parece ser inadequado pensar que o ordenamento jurídico tenha concebido a possibilidade de relação societária entre entes privados e públicos precipuamente constituída para fazer face a um cenário de exploração de atividade econômica, como é o caso da prevista na legislação citada, para exigir das empresas estatais processos não aplicáveis aos demais concorrentes do mercado.

Para dizer o mínimo, soaria incongruente fomentar a participação com empresas privadas a fim de fortalecer a atuação estatal por via direta e participação no mercado em pé de igualdade com os demais *players*, mas, por outro lado, continuar a enxergar a relação entre as duas – empresa pública e controlada – como uma relação pública, e, por isso, sujeita às normas de regime público, com destaque para a Lei de Licitações.

Em outras palavras, porque justificadas em cenários de crise, contratações entre controladas/subsidiárias e empresa estatal devem ser delineadas de forma semelhante às que ocorrem com os demais *players* do mercado concorrencial. Ou seja: sem que o Estado ostente quaisquer prerrogativas na exploração da atividade, e também dispondo dos mesmos elementos e instrumentos empresariais para fins de executar a contento suas atividades em pé de igualdade com os demais. Não há bônus nem ônus, somente uma situação igualitária de tratamento.

Este artigo sustenta que, diante da moldura jurídica da Lei nº 11.908/2009, a formalização de contratação entre controladas/subsidiárias e empresa estatal, porque semelhantes a um grupo ou conglomerado, organização concebida no escopo empresarial para fazer face à melhor execução de atividades eminentemente finalísticas, não se submeteria às regras de licitação normalmente aplicáveis às demais relações entre Estado e particulares.

Para atingir o objetivo, adota-se a metodologia da pesquisa jurídica tradicional fulcrada no tripé das fontes de legislação, doutrina e jurisprudência, com o fito de se conformar à interpretação teleológica e jurisprudencial mais adequada à circunstância fática

prevista pela lei. A estrutura lógica do trabalho parte de uma análise dedutiva e o estudo divide-se em dois eixos.

A primeira parte deste trabalho irá identificar a conjuntura de crise existente à época da edição da lei em comento para explicitar a finalidade normativa em fortalecer o sistema financeiro. Esse contexto de origem e criação da norma indica que ela foi formatada com o objetivo de alavancar a situação dos bancos estatais de modo a aparelhá-los diante do cenário de crise econômica, para fazer face à concorrência, que já se utilizava de tais mecanismos para se fortalecer perante os demais *players* do mercado.

Identificado esse cenário originário, e diante de tal premissa fixada, analisar-se-ão, na segunda parte, os dispositivos legais que conferem afastamento das regras licitatórias com base no parágrafo primeiro do artigo 173 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Nessa parte, em que pese ainda inexistir um estatuto específico de contratações públicas para empresas estatais e sociedades de economia mista¹³, a jurisprudência e doutrina brasileiras sinalizam pela possibilidade de se considerar a contratação direta pela inaplicabilidade das normas licitatórias, quando o escopo da contratação se der sob a justificativa do contexto concorrencial, desde que a utilização das regras públicas prejudique o livre desenvolvimento da atividade finalística, ou seja, constituir-se em óbice para a exploração comercial dos entes administrativos considerados, devendo, portanto, serem tratados de forma particular em face dos demais entes administrativos, não sendo suas relações meras relações entre fornecedores de bens ou prestadores de serviços.

Isso porque eventuais concorrentes poderão ter livre escolha de seus parceiros, vislumbrando ganhos operacionais, de eficiência, econômicos e administrativos. Se os demais *players* têm liberdade para realizar tais arranjos – exatamente porque podem contar com seus parceiros na posição de *longa manus* de suas atividades principais ou complementares – por que se justificaria dar a uma lei criada com o objetivo de ampliar a atuação de bancos estatais – e, portanto, torná-los mais competitivos ou semelhantes aos seus concorrentes – uma interpretação restritiva, que não contemple tal particularidade?

Por fim, considerando tais premissas, a conclusão será no sentido de compatibilizar todo o esforço interpretativo que

¹³ Situação que vem sendo objeto das atenções legislativas, com destaque para o PLS 555/2015, que, entre as questões de contratação pública, aventa a polêmica possibilidade de transformar a CAIXA em S.A.

decorre da origem, justificativa e contexto histórico e teleológico da lei para considerar que a hermenêutica a ela adjacente só poderá ser aquela que favoreça o viés privatista do arranjo societário que se pretende, o que, por evidência, está amparado pela exploração da atividade finalística e contratações que dela advêm para justificar um novo posicionamento no mercado.

Neste sentido, a despeito de poder considerar-se a possibilidade de enquadramentos eventuais nos artigos 24, XXIII e 25, caput, da Lei de Licitações, o que se sustenta é a própria inaplicabilidade da referida lei, já que se trata de uma prerrogativa prevista em lei para igualar bancos públicos e privados em seus contextos concorrenciais, sendo esse o recorte metodológico aplicável ao estudo.

1 Parcerias estatais no sistema financeiro nacional como estratégia para enfrentamento dos resultados da crise econômica de 2008/2009

Sabe-se que, na crise, a autossuficiência dos sistemas é desafiada, colocando em xeque as prioridades então estabelecidas, exigindo-se estratégias, por vezes, inéditas e novas formas de ação dos Estados e dos demais atores conjunturais. Discute-se, de forma cooperativa entre os países, quais deveriam ser as atuações em curto, médio e longo prazo. Com base nesse contexto, exige-se uma ampla reformulação dos conceitos, das categorias, das regras e dos procedimentos jurídicos, com consideráveis e justificáveis alterações jurídicas no ambiente doméstico e internacional (FARIA, 2011, p. 31-34).

Quando se analisa a crise financeira de 2008/2009¹⁴, consi-

¹⁴ Não é o foco deste trabalho a discussão acerca dos fatores que desencadearam a ocorrência da crise. No entanto, Faria (2011) defende que se somaram fatores novos e antigos que justificariam a crise. Os primeiros, inéditos e específicos, os segundos, problemas já suficientemente conhecidos nos registros de turbulências bancárias desde a Grande Depressão. Entre os primeiros, enumera: “o crescimento descontrolado de derivativos, multiplicação de operações não padronizadas fora de mercados regulados, arbitragens com taxas de juros e taxas de câmbio, opacidade de novos tipos de operações e fundos de investimento, níveis elevados e não controlados de alavancagem, conflitos de interesses de agências de classificação de risco, políticas de remuneração que incentivam os executivos financeiros a uma excessiva exposição do risco e da coexistência de operações entre um conjunto de instituições regulamentadas e outras instituições em mercados com pouca ou nenhuma regulamentação” (FARIA, 2011, p. 31-34).

dera-se a possibilidade de redesenhar a higidez do sistema por meio de instrumentos legais que possam ser utilizados de forma eficiente para reconstruir as fragilidades da antiga arquitetura funcional. Quanto ao setor financeiro, frisa-se que ele é alvo de intensa regulamentação, nem sempre advinda de fonte estatal ou reconhecidamente fruto de acordos internacionais. Muitas vezes o setor experimenta movimentos oriundos de autorregulamentação ou até de práticas mercadológicas costumeiras com efeito de norma informal, a exemplo da *Lex Mercatoria*, mas que nem por isso são menos efetivas na orientação de tomadas de decisão do setor.

Acerca disso, cita-se a organização internacional Banco de Compensações Internacionais (BIS), que fomenta a cooperação entre os bancos centrais e outras agências, em busca da estabilidade monetária e financeira, e estabeleceu, na década de 1970, o Comitê de Supervisão Bancária da Basileia – *Basel Committee on Banking Supervision* (BCBS).

Tal organismo internacional, ao ponderar os riscos expostos ao segmento bancário no mundo todo, aprovou, em 1988, o I Acordo da Basileia, denominado oficialmente de *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards*, com o objetivo de criar exigências mínimas de capital para instituições financeiras como forma de fazer face ao risco de crédito.

Em 2004, houve revisão do documento, o que gerou o II Acordo da Basileia. O Fórum de Estabilidade Financeira – *Financial Stability Board* (FSB), juntamente com o G20, na intenção de reforçar o sistema financeiro como resposta à crise financeira, com auge em 2008, lançou as bases para os Acordos de Basileia III, para consolidar mais um conjunto de propostas de reforma de regulamentação bancária e conseguir que os bancos apresentassem balança positiva, solvibilidade, liquidez e, consequentemente, menos riscos ao mercado financeiro, cuja característica principal é a interdependência entre os agentes financeiros de todos os países.

Tais documentos corporificam orientações ao segmento bancário, motivo pelo qual são internalizados nos países signatários por intermédio de Regulamentos dos Bancos Centrais, sem que sejam transformados em norma cogente por intermédio da incorporação de textos convencionais (oriundos de tratados). Assim, estão mais afeitos à acepção internacional de *Soft Law*¹⁵, uma vez que não constituem norma jurídica instrumentalizada pelos órgãos legitimados para tal – como em um tratado ou lei

¹⁵ Confira-se Guzman (2009).

nacional – e também não se encaixam perfeitamente na definição tradicional de *jus cogens*, mas, a despeito disso, representam necessidade de observância, diante da interdependência entre os agentes financeiros.¹⁶

Portanto, verifica-se que, em conjunturas de crise, essa perspectiva é fortemente sentida, e um dos instrumentos de atuação do Estado, além da regulação mais intensa, ocorre por intermédio da utilização de empresas estatais para direcionar o mercado e fazer face às contingências. Salienta-se que as figuras da concentração bancária e da conglomeração de atividades financeiras não são instrumentos novos no contexto do sistema financeiro nacional brasileiro. Ao contrário, remetem às políticas adotadas durante o governo militar no Brasil e até foram consideradas como uma das razões para que o país não sentisse tão forte os efeitos da crise¹⁷ (PINTO, 2011).

No entanto, embora já incorporado nas práticas brasileiras, houve um considerável incremento do uso do mecanismo de formação de parcerias e conglomerados no período pós-crise para fazer face à recessão então instalada, caracterizando os entes unidos em arranjos jurídicos “*too big to fail*”, ou “grandes demais para quebrar”. É claro que o reforço desses instrumentos impescinde de reformas ao arcabouço regulatório vigente, já que não é segurança de que exista, de fato, uma real prevenção da crise pelo uso deles, até porque muitos grandes já quebraram na história das crises econômicas (PINTO, 2011, p. 342-345).

Sabe-se que as diversas formas de estruturação e formatação de grupos econômicos – com ou sem reflexo societário entre eles – refletem uma determinada e específica necessidade de se materializar – de forma diversa da contemporânea – relações com terceiros diante de determinadas situações fáticas, sobretudo econômicas.¹⁸

¹⁶ Historicamente, e principalmente justificada pelo dinamismo a ela inerente, a práxis bancária – em todos os países – é regulamentada por normas infralegais, o que, além de diminuir os custos de transação a ela relacionados, prevê certa liberdade na forma de implementação das ações no âmbito local. A despeito disso, verifica-se uniformidade nos procedimentos a ela relacionados, oriunda de um tecnicismo comum globalizado.

¹⁷ Pinto (2011, p. 1-10) remete a prática às políticas conduzidas pelo regime militar no Brasil, cita algumas opiniões da mídia brasileira na época da crise, destaca o convite de Henrique Meirelles para compor o Comitê da Basileia e a disposição do então Presidente Lula em “dar consultoria” para os países desenvolvidos que sofrem os efeitos da crise.

¹⁸ É possível que o fenômeno do agrupamento empresarial tenha surgido no pós-guerra de 1939 a 1945, em decorrência da Terceira Revolução Industrial, visando à ampliação de mercados, ao aumento do número de consumido-

A constituição de parcerias é prática comum para preservar a concorrência vital do empresariado. Por exemplo, quando entidades privadas buscam a conjunção de esforços para formalizar um consórcio e participar de determinada licitação, elas buscam não só a soma das capacidades técnico-operacional e financeira mas também a inteligência do grupo de forma circunstancial para apresentar um melhor quadro concorrencial perante as demais licitantes.¹⁹

No contexto empresarial contemporâneo globalizado parece impensável que a tradicional estrutura da sociedade comercial monolítica seja a melhor resposta para os desafios concorrenciais do mercado. Justificam-se, portanto, arranjos empresariais, que parecem configurar estratégias mais robustas à sobrevivência do capitalismo global. E, para caracterização de grupo econômico atualmente, no entanto, não é obrigatório recorrer à formalização de estruturas tradicionais de concentração empresarial (vertical ou horizontal)²⁰, podendo-se adotar formas diagonais ou conglomerado, cuja característica básica é a diversificação das atividades, serviços, localização e forma organizacional.

Neste cenário, mais do que juridicamente possível por intermédio da edição da lei mencionada, entende-se conjunturalmente necessário e adequado que empresas estatais estabelecessem verdadeiras parcerias público-privadas (em sentido lato)²¹ para se fortalecer e alcançar o patamar concorrencial exigido na economia globalizada, com a racionalização das práticas, a diminuição de custos e o aperfeiçoamento de suas técnicas.

Ao se falar de mercado internacional – e as instituições financeiras estatais têm intenção de atuar mais fortemente nesse cenário, pois, se assim não for, podem ficar isoladas no mundo –, essa perspectiva assume ainda mais legitimidade. O grupo de

res e ao acirramento da concorrência. Tais alianças faziam-se necessárias diante de uma nova atuação empresarial no campo tecnológico, para racionalização dos custos e de forma a incrementar lucros. Tais grupos, anteriormente limitados à esfera nacional, passaram a se constituir internacionalmente, em posicionamento à globalização econômica, observando-se, de forma comum, a utilização de figuras multinacionais, por exemplo.

¹⁹ Geralmente, a despeito da circunstancialidade das relações entre os grupos, os entes participantes continuam dotadas de personalidade e patrimônio próprios e independentes.

²⁰ Sobre as formas tradicionais de concentração, conferir Ferraz (2012).

²¹ Neste artigo não se utiliza da terminologia restrita e técnica da Parceria Público-Privada tratada no Art. 2º da Lei nº 11.079, conceituada da seguinte forma: “Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa” BRASIL (2004).

sociedades é um mecanismo essencial para a inserção das empresas na ordem econômica internacional.

Atualmente é cada vez mais raro identificar a fisionomia da sociedade individual isolada. Para escancarar a importância da organização de grupos societários para adequada atuação no mercado, basta citar que “nos EUA, os cem maiores grupos industriais empregam por volta de 26% do número total de trabalhadores, realizam 43% do volume global dos negócios e possuem, sozinhos, quase 50% da totalidade do ativo patrimonial da indústria norte-americana”, isso ao considerar o mercado interno, o que dirá o externo (FERRAZ, 2012).

Assim, não há dúvidas de que a Lei nº 11.908/09 tenha surgido como resposta do ordenamento jurídico doméstico à crise econômica mundial de 2008/2009 (BRASIL, 2008)²² e cumpre a estratégia recém-explicitada, ao conferir autorização aos Bancos Estatais Federais – mais especificamente, Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal²³ – para constituir subsidiárias ou controladas, com o objetivo de fomentar claro auxílio na execução de seus respectivos objetos sociais de modo a enfrentar as consequências da crise, que até hoje, salienta-se, são sentidas.

A interpretação acerca desse instrumento de auxílio na execução do objeto social nada mais reflete do que uma perspecti-

²² Fica claro pelo documento que devido à forte retração internacional do crédito observada, o governo adotou algumas medidas para ampliar a oferta de divisas, expandir a liquidez no mercado interbancário e incentivar a compra de carteiras de crédito de instituições bancárias de pequeno e médio porte. Afirma-se que os reflexos da crise no Brasil foram limitados em função da solidez macroeconômica e do sistema financeiro do país, considerando que CAIXA e BB apresentam restrições a sua atuação num eventual processo de consolidação do sistema financeiro nacional, o que gera consequências indesejáveis, como uma menor concorrência entre os potenciais investidores, reduzindo o valor dos ativos negociados, e a eventual perda de oportunidade de expansão das instituições financeiras federais. A norma permite aos bancos mencionados adquirir, direta ou indiretamente, participações em instituições financeiras públicas ou privadas sediadas no Brasil. Admite-se que o procedimento não traduz novidade, já havendo autorização semelhante concedida à Petróleo Brasileiro S.A. – PETROBRAS na Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.

²³ Como instituições financeiras públicas, tanto o Banco do Brasil como a Caixa Econômica Federal apresentam-se como instrumentos de política econômica e creditícia brasileira, a primeira, por exemplo, ao agir como agente financeiro do Tesouro, entre outras competências, e a segunda, com destaque no incentivo à poupança popular, na concessão de empréstimos e financiamentos de natureza assistencial, atuação preponderante no crédito habitacional, e, ainda, podendo explorar com exclusividade os serviços da Loteria Federal e de monopólio do penhor. Para mais informações, conferir Fortuna (2013).

va de melhorar a atuação das empresas estatais, mais especificamente no cenário concorrencial, motivo pelo qual se entende que elas poderão utilizar-se de conhecimentos, práticas e experiências que não lhes são próprios, mas do parceiro privado.

E parece que é por isso mesmo que a previsão para aquisição de participação é ampla e não se limita às instituições financeiras, públicas ou privadas sediadas no Brasil, mas também alcança empresas dos ramos securitário, previdenciário, de capitalização e demais ramos descritos nos arts. 17 e 18 da Lei nº 4.595/1964²⁴, de forma a abranger por exemplo serviços que constituam o suporte essencial para a melhor adequação da atividade-fim.

Não se pode olvidar que a determinação legal incluiu, ainda, a previsão de parcerias com ramos de atividades complementares às do setor financeiro. Aqui, à guisa de exemplo, podem-se citar os serviços ligados à tecnologia, ramo em que o Estado deve buscar melhor *expertise* a fim de atingir parcelas do mercado da mesma forma com que os demais agentes econômicos privados fazem.

Considera-se o vínculo indispensável da tecnologia aos numerosos serviços prestados pelas instituições financeiras, tornando este um fator de produção preponderante para o devido posicionamento dos bancos públicos diante da concorrência. Observa-se pelo menos uma empresa prestadora de serviços de TI pertencente aos seus conglomerados.²⁵

As instituições financeiras buscam aumentar o volume e a capacidade de TI para responder com velocidade adequada aos desafios do negócio e atingir melhores condições de atender a grande demanda por disponibilização de novas soluções. Também não se podem esquecer os entraves burocráticos e o difícil acompanhamento de um contrato de TI.

A plena realização da atividade financeira depende diretamente desse fator de produção, motivo pelo qual cabe discricionariedade de escolha ao ente empresarial estatal. O Estado tem se mostrado incapaz de realizar os investimentos necessários à melhoria de determinados setores e gerenciá-los de forma empresarial, o que justifica a busca constante por mecanismos para sanar tais deficiências (SADDY, 2011).

²⁴ Conforme texto da nota de rodapé nº 14.

²⁵ A título de exemplo, pode-se dizer que a Scopus Tecnologia tem 100% de seu controle exercido pelo Bradesco; a *holding* Itaú conta com a Itautec atuando em diversas verticais de TI; o Santander conta com os serviços de duas empresas de TI sobre as quais detém o controle: a Isban e a Produban, e o Banco do Brasil conta com serviços prestados pela Cobra Tecnologia.

O Estado brasileiro intervém na forma de incentivo ou fomento do mercado e ao mesmo tempo atua como participante desse mesmo mercado (SADDY, 2011).²⁶ Aliás, a abertura societária às empresas estatais é uma forma de direcionar capitais públicos e privados para evitar ondas de privatizações nas quais geralmente a transferência de ativos para a área privada, com internalização dos valores na economia nacional, é insuficiente para levantar a balança. Soma-se, assim, uma situação inicialmente econômica à necessidade de revalorização do contrato como veículo da instituição de um novo perfil da Administração Pública (CARRASQUEIRA, 2006).

A ingerência estatal na empresa privada é tão relevante quanto a contrapartida que ela vai receber, em forma de orientação das melhores soluções no interior da empresa estatal. Por intermédio de acordo de acionistas, o Estado injeta recursos no ente particular, recebe dele dividendos e melhores técnicas de gestão para tornar sua atividade mais próxima às práticas de mercado, em ganho de eficiência (SUNDFELD, 2000). O compartilhamento de boas práticas e experiências empresariais não é novo e encontra espaço também na constituição de *joint ventures* entre as empresas estatais e a iniciativa privada (FARIAS NETO, 1994).

Esse cenário permite lidar com questões estratégicas e destinadas a satisfazer necessidades intimamente relacionadas com as atividades-fim de sua atuação, funcionando com a mesma agilidade e eficiência do setor privado, e ainda garantir a consecução de objetivos de natureza pública (PINTO JÚNIOR, 2006).

Com efeito, a previsão do art. 2º da Lei nº 11.908/2009 encontra respaldo em movimentos de remodelação do Estado, mais fortemente fomentados na pós-crise econômica e no setor financeiro, particularmente. No próximo tópico, avaliar-se-á a inaplicabilidade dos preceitos licitatórios previstos pela Lei nº 8.666/93 para fins de estabelecimento de relações entre os entes envolvidos.

2 Contratação direta de subsidiárias e controladas: expressão do artigo 173 constitucional

Inicialmente, cumpre esclarecer que a constituição de controladas ou subsidiárias e a relação entre a dispensa ou inexigibilidade

²⁶ Para Saddy (2011, p. 271), entre as formas de intervenção estatal na Economia destaca-se a atividade participativa do Estado na Economia, de forma complementar, atuando conjuntamente com os segmentos privados. Nesse contexto, a iniciativa privada é chamada a contribuir numa parceria para somar esforços visando ao atingimento de um objetivo comum.

de licitação decorrente dessa circunstância podem encontrar eco no enquadramento jurídico adjacente ao inciso XXIII do artigo 24, enquanto dispensa de licitação, ou no artigo 25, caput, ambos dispositivos da Lei de Licitações. Nesse caso, cada um dos enquadramentos estaria fundamentado no sistema geral de contratações públicas, o primeiro constituindo uma discricionariedade conferida pela lei para não se utilizar da seleção pública e o segundo justificado sob o plano da singularidade da relação que poderia justificar hipótese de ausência de competição fundada na inexigibilidade de licitação. Um corte metodológico fez-se necessário.

O escopo e contribuição deste trabalho não são esses. A tese que se pretende abarcar para considerar a situação aqui narrada não encontra amparo na legislação aplicável às contratações públicas, embora seja um eixo de argumentação robusto e bem fundamentado. Porém, o que se defende é que existiria um outro sistema e modelo para a contratação privada, livre das amarras legais decorrentes da Lei de Licitações, baseado na livre escolha do Estado-Empresário, a fim de justificar parcerias que ele faria para fins de consolidar seu posicionamento no mercado, ou, em outras palavras, para ser claramente beneficiado de seu regime privatista e concorrer em igualdade com os demais agentes econômicos, ainda que observe os princípios administrativos e constitucionais aplicáveis a todos os entes pertencentes à Administração Pública.

O modelo de contratação direta baseada em um dos artigos antes mencionados possibilitaria a ausência de certame para escolha, mas não afastaria todas as necessidades decorrentes da instrução do procedimento e processo público, quando, na verdade, a escolha de tais parcerias constituiria uma prerrogativa decorrente do regime privado dos bancos estatais presente na Lei, sem que seja necessário, por exemplo, passar pela avaliação da diferenciação entre os conceitos operacionais dos termos subsidiária e controlada para fins da legislação publicista – até porque a autorização legal aqui adjacente sequer faz tal ressalva entre uma e outra.

Em que pese inexistir regulação do parágrafo único do artigo 173 da Constituição Federal da República, vale destacar a existência de pelo menos dois enfoques da questão sobre o enquadramento jurídico de contratações de atividades finalísticas, conforme a aplicabilidade do dispositivo e sua evolução normativa histórica.

O primeiro deles, antes da Reforma Administrativa engendrada pela EC nº 19/98, considerava a norma autoaplicável, o

que permitiria a adoção de regulamentos próprios de licitação por agentes econômicos estatais que estivessem sujeitos ao regime natural de concorrência de mercado, já que previa que a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitar-se-iam ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.

Assim, parecia indubitável que o texto constitucional pretendia igualar, sem restrições, os regimes jurídicos das empresas estatais exploradoras de atividades econômicas aos das empresas privadas. A ideia era que a Constituição Federal, ao dispor sobre a Ordem Econômica, que delineia de forma clara um regime de livre iniciativa, também destinaria as mesmas disposições do regime privado às empresas estatais que atuam em regime de concorrência, sem extensão de qualquer benefício ou prerrogativa (SOUTO, 2003). Na extensão dessa interpretação, se não permitem prerrogativas às empresas estatais, também não se lhes impõem ônus.

Em 1993, ano da edição da Lei de Licitações, a interpretação ficou um pouco menos ampla, ao se considerar o texto dos artigos 118 e 119, que autorizavam a Administração Indireta a editar regulamentos, mas desde que observadas as regras daquela lei, ou seja, não era aplicável o mero regime jurídico privado às empresas estatais²⁷, mas os procedimentos de contratação de obras, serviços, compras e alienações de empresas estatais poderiam submeter-se à edição de regulamentos próprios, estabelecendo procedimentos mais céleres e procedimentos mais dinâmicos, particularmente ligados ao exercício da atividade-fim.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 19/98, entendeu-se que essa autorização não era imediata, dependendo de lei posterior a ser editada. Nesse tempo, foi aprovado o Regula-

²⁷ BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 26 ago. 2014. "Art. 118. Os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as entidades da administração indireta deverão adaptar suas normas sobre licitações e contratos ao disposto nesta Lei. Art. 119. As sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União e pelas entidades referidas no artigo anterior editarão regulamentos próprios devidamente publicados, ficando sujeitas às disposições desta Lei. Parágrafo único. Os regulamentos a que se refere este artigo, no âmbito da Administração Pública, após aprovados pela autoridade de nível superior a que estiverem vinculados os respectivos órgãos, sociedades e entidades, deverão ser publicados na imprensa oficial."

mento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRAS com fulcro no art. 67 da Lei nº 9.478²⁸, de 6 de agosto de 1997, e no parágrafo 1º do art. 173 da Constituição, contendo a já nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98.²⁹

A norma que regulamentou as compras da PETROBRAS ainda não foi definitivamente objeto de exame completo pelo Supremo Tribunal Federal. Destacam-se, em verdade, duas manifestações relevantes. No entendimento do Ministro Dias Toffoli, relator, afirma-se que ainda antes da EC nº 19/98 as empresas estatais que participam do mercado em regime de concorrência poderiam ostentar regramentos próprios e diferenciados de licitações, “sob pena de criar grave obstáculo ao normal desempenho de suas atividades comerciais”.³⁰

Já o Ministro Marco Aurélio, considerando a redação atual do parágrafo 1º do art. 173 da Constituição, entende que ele é compatível com a Lei de Licitações, que deve prevalecer diante do Decreto que institui o Regulamento próprio. O caso segue concluso com o Ministro Luiz Fux.

Na pendência de julgamento, o Supremo Tribunal Federal tem assegurado, por intermédio de Mandados de Segurança, a manutenção dos efeitos do Regulamento Simplificado de Com-

²⁸ BRASIL. **Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997**. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 27 ago. 2014. “Art. 67. Os contratos celebrados pela PETROBRAS, para aquisição de bens e serviços, serão precedidos de procedimento licitatório simplificado, a ser definido em decreto do Presidente da República.”

²⁹ BRASIL. **Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998**. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. “Art.173 [...] § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: [...] II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública.”

³⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário nº 441.280**. Relator Ministro Dias Toffoli. Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Dias Toffoli (Relator), negando provimento ao recurso extraordinário, e o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, provendo-o, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Luiz Fux. Plenário, 03.08.2011. DJE nº 158, divulgado em 17/08/2011.

pra, diante de decisão do Tribunal de Contas da União que obriga a PETROBRAS a utilizar-se dos procedimentos da Lei nº 8.666/1993.³¹

Nesse cenário, de modo a não invalidar totalmente o campo de eficácia do parágrafo 1º do artigo 173 constitucional, a doutrina e a jurisprudência fazem um *discrímen* entre empresas públicas exploradoras de atividade econômica e empresas públicas prestadoras de serviço público. É até lugar-comum estabelecer que a maioria da doutrina faz distinção entre as empresas estatais que exploram atividade econômica e aquelas que prestam serviços públicos, para fins de aplicação de licitação.³²

³¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 549/2006**. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. 24 maio 2006. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 27 ago. 2014. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 25.888**. Relator: Min. Gilmar Mendes. O TCU considerou inconstitucional a aplicação do Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petrobras e impôs a adequação de futuras contratações com base no que dispõe o artigo 57, da Lei 8.666/93, extrapolando a competência prevista no artigo 71 da Constituição, nos termos do que vem decidindo a Colenda Corte, *in verbis*: a submissão legal da Petrobras a um regime diferenciado de licitação parece estar justificada pelo fato de que, com a relativização do monopólio do petróleo trazida pela EC nº 9/95, a empresa passou a exercer a atividade econômica de exploração do petróleo em regime de livre competição com as empresas privadas concessionárias da atividade, as quais, frise-se, não estão submetidas às regras rígidas de licitação e contratação da Lei nº 8.666/93. Lembre-se, nesse sentido, que a livre concorrência pressupõe a igualdade de condições entre os concorrentes.

Assim, a declaração de inconstitucionalidade, pelo Tribunal de Contas da União, do art. 67 da Lei nº 9.478/97, e do Decreto nº 2.745/98, obrigando a Petrobras, consequentemente, a cumprir as exigências da Lei nº 8.666/93, parece estar em confronto com normas constitucionais, mormente as que traduzem o princípio da legalidade, as que delimitam as competências do TCU (art. 71), assim como aquelas que conformam o regime de exploração da atividade econômica do petróleo (art. 177). Também nesta linha são os seguintes MS: 25986, 26410, 27837 e 27232, entre outros.

³² Por todos, cita-se Bandeira de Mello (2014, p. 549), que assevera: “Com a sobrevivência do Emendão (Emenda Constitucional 19, de 4.6.1998), por força do qual foram alterados os termos do artigo 22, XXVII da Lei Magna, surgiram dúvidas sobre o regime de licitação e contratos que será futuramente aplicável às sociedades de economia mista e empresas públicas [...] Basta referir que, ao nosso ver, as sociedades de economia mista e empresas públicas prestadoras de serviço público continuam e continuarão a ser regidas pela Lei nº 8.666/93, visto que não foram afetadas pelo mencionado dispositivo. Já as exploradoras de atividade econômica passarão a ser regidas futuramente pela lei a que se refere o mencionado artigo 22, XXVII, a ser editada na conformidade com o artigo 173, parágrafo 1º, III, que trata da atuação direta do Estado no domínio econômico”.

Essa orientação foi levada em consideração ao compatibilizar o inciso II e III do parágrafo 1º do artigo 173, tratando da sujeição das empresas públicas a todas as regras aplicáveis à iniciativa privada, bem como da previsão de edição de lei visando regulamentar seus procedimentos de contratação pública, de modo que a doutrina e jurisprudência fixaram algumas premissas interpretativas importantes.

Por intermédio de tais entendimentos, estabeleceu-se que, enquanto não existir lei mencionada no artigo (*lege ferenda*) e houver um justificado óbice instrasponível às atividades concorrenciais das empresas estatais, a Administração só poderia lançar mão de procedimentos diversos daqueles estabelecidos na Lei de Licitação (principalmente valendo-se de formas eminentemente privadas) se conseguisse comprovar a existência de um cenário oriundo desse contexto de livre iniciativa, à qual também o Estado estaria sujeito, para fins de não receber nenhum influxo negativo concorrencial pelo cumprimento de regras públicas.

Portanto, a despeito do comando do inciso XXI, artigo 37³³ constitucional, regulamentado pelos dispositivos da Lei nº 8.666/93, que juntos estabelecem submissão aos procedimentos de licitação de forma genérica às empresas públicas e às sociedades de economia, as regras aplicáveis às empresas públicas exploradoras de atividade econômica deveriam ser harmonizadas com o disposto no art. 173, parágrafo 1º, II, da Constituição de 1988, de forma a dotá-lo de vigência e eficácia, uma vez que parece prudente e razoável haver uma diferenciação no tratamento normativo dado à situação peculiar decorrente do capitalismo de Estado.

Fundamentadas nesse entendimento, doutrina e jurisprudência consolidaram-se no sentido de autorizar que as contratações destinadas a viabilizar a atividade-fim de empresas

³³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 27 ago. 2014. "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998): [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Regulamento)"

estatais em atuação como exploradoras de atividade econômica não se submeteriam à licitação, mormente porque essa obrigação poderia ocasionar-lhes ônus intransponíveis para seu posicionamento no mercado concorrencial. O Tribunal de Contas³⁴ teve oportunidade de se manifestar algumas vezes, da seguinte forma:

Entretanto, cumpre registrar, em relação à obrigatoriedade de licitação, por exemplo, que tal regra não é absoluta. Mesmo ela encontra restrições em sua aplicação. A primeira delas, inclusive, decorre do próprio comando que a instituiu, ao permitir que, nas hipóteses expressamente previstas em lei, seja afastada a licitação e permitida a contratação direta. Outras limitações à prévia licitação advêm do cotejo entre normas de mesma estatura. É o que pode ocorrer, por exemplo, nas hipóteses em que a licitação configurar obstáculo intransponível ao livre exercício das atividades negociais das estatais exploradoras de atividade econômica. Nesse sentido, ademais, vem-se firmando a orientação da Corte de Contas. Ao apreciar relatório de auditoria realizada na BB-TUR, o Plenário do TCU informou à Comissão de Fiscalização e Controle do Senado Federal que a contratação do navio Ecstasy, para o chamado “Cruzeiro Marítimo do Milênio” foi efetuada de maneira regular, uma vez que as empresas *públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica, nos contratos comerciais diretamente relacionados às suas atividades-fim, não se sujeitam ao procedimento licitatório imposto pela Lei nº 8.666/1993 nas hipóteses em que o referido Diploma Legal constituir óbice intransponível à sua atividade negocial, sujeitan-*

³⁴ TCU. Processo nº 017.072/2000-5. Decisão nº 1.383/2002. Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler. DOU 25.10.2002. TCU. Processo nº 012.207/2009-9. Acórdão 566/2012, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, DOU de 19.3.12. TCU. Processo nº 008.037/2006-6. Acórdão nº 2.176/07, Rel. Min. Raimundo Carreiro. DOU 19.10.07: Mencione-se, ainda, o Acórdão nº 1.390/2001, relativo ao Processo nº 006.244/2004-6, Plenário. Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, j. 15.09.2004. Neste julgado, em resposta à consulta formulada pelo Ministério da Ciência e Tecnologia – MCT, o TCU assentou que “enquanto não for editado o estatuto a que se refere o art. 173, § 1º, da Constituição Federal, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços devem observar os ditames da Lei nº 8.666/1993 e de seus regulamentos próprios, **podendo prescindir da licitação para a contratação de bens e serviços que constituam sua atividade-fim, nas hipóteses em que o referido Diploma Legal constitua óbice intransponível à sua atividade negocial**, sem olvidar, contudo, da observância dos princípios aplicáveis à Administração Pública, bem como daqueles insertos no referido Estatuto Licitatório” (grifos nossos).

do-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, a teor do que dispõe o art: 173, § 1º, II, da Constituição Federal (grifos nossos).

[...] o entendimento jurisprudencial desta Corte evoluiu no sentido de que empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que exploram atividade econômica, como regra geral, devem se submeter aos princípios licitatórios insculpidos na Lei 8.666/1993 até edição da norma prevista no § 1º do art. 173 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional 19/1998, salvo em circunstâncias excepcionais, devidamente motivadas, em que a utilização daquele diploma legal pode acarretar riscos à atividade comercial da empresa (grifos nossos).

[...] Embora o Tribunal admita temperamentos à utilização das licitações pelas empresas estatais, atuando em ambiente concorrencial, a ausência da licitação só é justificável nas hipóteses em que não seja possível a compatibilização das formalidades do procedimento licitatório com a atividade negocial das empresas (grifos nossos).

Já a doutrina, em geral, tem reconhecido como solução que “a satisfação de determinadas necessidades estatais pressupõe a utilização de mecanismos próprios e inerentes ao regime privado, subordinados inevitavelmente a mecanismos de mercado”, já que “as características da estruturação empresarial conduzem a impossibilidade de aplicar o regime de direito público, eis que isso acarretaria a supressão do regime de mercado que dá identidade à contratação ou o desequilíbrio econômico que inviabilizaria a empresa privada” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 704).

Embora exista a premissa – não inquestionável, diga-se – de que o processo licitatório geralmente conduziria à melhor escolha para a Administração, sob o ponto de vista técnico e financeiro, não se pode simplesmente ignorar suas incongruências com o regime privado. Por exemplo, o período temporal para que ela se efetive completamente – ainda que sob a modalidade do pregão eletrônico – geralmente não é célere o suficiente para suprir a agilidade necessária em tomadas de decisões concorrenciais.

Ademais, muitas vezes o lançamento do edital pressupõe a quebra de sigilo de estratégias de mercado que jamais poderiam vir a público, mas que, uma vez expostas na forma de necessidades e expectativas da contratação e contornos do produto ou serviço constantes muitas vezes dos Termos de Referência que vinculam as regras editalícias, comprometem frontalmente o de-

vido posicionamento da estatal no mercado, já que seus concorrentes terão mapeados todos os passos para implementação de uma determinada ação mercadológica, tornando-a realmente ineficaz e gerando um prejuízo imensurável, impossível juridicamente de ser justificável e suportado.

Esse panorama revela um inevitável choque entre a regra da publicidade da Administração – prevista genericamente com justificativa na transparência que deve nortear o Estado Democrático de Direito, que revela certa obrigação de prestar contas públicas à população – e a proteção de questões estratégicas que, uma vez reveladas, poderiam pôr a perder toda uma orientação estruturada de ações empresariais para ganhar um mercado. Pensar na aplicação irrestrita do princípio da publicidade, sem considerar a devida ressalva tributável ao princípio da livre iniciativa, seria desconsiderar todo o conceito das empresas públicas como instrumento de intervenção do Estado na Economia.³⁵

Vislumbra-se nesta e em outras searas, um real conflito de interesses decorrente da confluência entre normas públicas e privadas submetidas e atribuíveis ao mesmo ente, sem que seja viável estabelecer regras de derrogações de um regime no outro de forma geral, mas tão somente, no mais das vezes, de forma casuística. Portanto, aplicar de forma irrestrita normas públicas às empresas estatais sem uma ponderação necessária seria incongruente. Esse entendimento é admitido pelo Procurador do Ministério Público junto ao TCU, Lucas Rocha Furtado. Vejamos:

Diante dessa realidade, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União firmou entendimento de que no exercício de suas atividades fins, as empresas estatais estão

³⁵ Explorando-se ainda o exemplo da publicidade, pode-se citar, por exemplo, o que dispõe o Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012, que regulamenta a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011) e faz uma expressa ressalva sobre a aplicação do princípio da publicidade. Vejamos: Art. 5º “Sujeitam-se ao disposto neste Decreto os órgãos da administração direta, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União. § 1º A divulgação de informações de empresas públicas, sociedade de economia mista e demais entidades controladas pela União que atuem em regime de concorrência, sujeitas ao disposto no art. 173 da Constituição, estará submetida às normas pertinentes da Comissão de Valores Mobiliários, a fim de assegurar sua competitividade, governança corporativa e, quando houver, os interesses de acionistas minoritários”. Vê-se que té mesmo a tão festejada Lei de Acesso à Informação realiza de forma pontual a diferença, de modo a compatibilizar interesses públicos e privados de entes estatais.

sujeitas ao regime jurídico do Direito privado. Esta solução lhes desobriga – no que toca ao exercício das atividades fins – de observar os procedimentos ou formalidades da Lei nº 8.666/93, mas não de serem fiscalizadas e de terem que justificar as soluções adotadas em função dos princípios constitucionais, em especial o da eficiência. Quando, por exemplo, o Banco do Brasil contrata a construção de um prédio, o que não se inclui em seus fins, deve licitar a partir dos parâmetros da Lei nº 8.666/93; quando o Banco do Brasil realiza atividade financeira, o regime jurídico aplicável é o Direito privado – o que não afasta, todavia, a necessidade de serem observados os princípios constitucionais de moralidade, impessoalidade, publicidade etc. *Buscou-se, no presente caso, encontrar solução intermediária de aplicação equilibrada de preceitos constitucionais que, aparentemente, estariam em colisão.* A solução encontrada impõe às empresas estatais exploradoras de atividades empresariais a observância dos princípios constitucionais previstos no art. 37, pertinentes à aplicação de regras e princípios do Direito Público, princípios que devem ser observados, inclusive, quando essas empresas estiverem no exercício de suas atividades empresariais. Assegurou-lhes, todavia, a liberdade de contratação com base no Direito privado, liberando-as do dever de observarem a Lei nº 8.666/93 quando celebrarem contratos diretamente ligados às suas atividades empresariais, fundamentando no art. 173, que determina a aplicação de norma de Direito privado às empresas estatais (FURTADO, 2014).

Também Gasparini (2000, p. 349-350) entende que, como “interventoras no domínio econômico, a aquisição de bens necessários à própria atividade-fim da empresa e a alienação dos bens resultantes desse desempenho não exigem qualquer espécie de procedimento licitatório”. Segundo ele, é como, numa situação hipotética, devesse se promover uma licitação para a aquisição de barris de petróleo para refino ou para venda de bens produzidos pela Petrobras, causando um conflito entre os fins da estatal criada.

Por exemplo, cita-se a impossibilidade de imobilização de bens pertencentes às instituições financeiras, o que decorre da própria essência do negócio bancário que tem como objetivo a intermediação de recursos financeiros, sendo a imobilização de capital um entrave, caracterizando risco operacional diante da baixa liquidez de tais ativos, com claro impacto negativo no balanço.

Neste ponto, com inspiração na diretriz de Basileia III, vale destacar que o prazo máximo para permanência de tais bens no

acervo das instituições financeiras no Brasil é de, no máximo, 01 (um) ano. Segundo a alínea b do item IV da Circular BACEN nº 909, de 11 de janeiro de 1985, esgotado tal prazo, após as eventuais prorrogações concedidas pelo Banco Central, sem que tenha sido alienado o bem, deverá a instituição providenciar a realização de leilão, dentro do prazo máximo de 60 (sessenta) dias, não podendo este exceder o prazo de 03 (três) anos na disponibilidade da instituição.

Parece incompatível para essa situação enquadrar a alienação de bens imóveis em quaisquer dispositivo decorrente do artigo 17 da Lei de Licitações, a uma porque está se tratando de uma regra de liberação de bens imposta a todas as instituições financeiras e de comum cumprimento para o alcance da higidez financeira do país, a outra porque tais bens, se permanecem no estoque após o prazo de 03 anos, é porque já foram submetidos a um processo específico de alienação sem sucesso, como é o caso dos leilões de imóveis de bens recebidos como execução de garantias de financiamentos do SFI – Sistema Financeiro Imobiliário que decorrem do rito da Lei nº 9.514/97.

Fica claro, portanto, que, para exercer naturalmente as atividades econômicas de seu objeto social, as empresas públicas geralmente encontram óbices na Lei de Licitações, o que muitas vezes impede o regular desenvolvimento de sua posição concorrencial. A Lei nº 11.908/2009 intentou aparelhar os bancos estatais de oportunidades mais consentâneas com o setor privado, para que tais alcancem uma posição de liderança de mercado em relação aos seus principais concorrentes do setor financeiro.

Mais ainda. Se a própria lei estabelece tais arranjos como decorrência do processo privado de atuação, motivo pelo qual se identifica uma inquestionável afinidade com a exploração das atividades econômicas previstas na concepção finalística, também deveria munir seus sujeitos parceiros de prerrogativas na formatação de sua própria relação contratual, sem impor-lhes os ônus da Lei de Licitações.

Sugere-se, por exemplo, a adoção de uma forma livre de contratação oriunda de instrumentos privados, comum no mercado, que é a utilização, por exemplo, de acordos operacionais entre os participantes do grupo, o que nada mais é do que pensar na instrumentalização da relação como mera decorrência daquela autorização legal. Não se pode olvidar que se trata de um agente econômico atuante no próprio mercado, mais do que mero interventor da Economia, e, como tal, deve ser aparelhado de formas aptas e admitidas no mercado para realizar seus objetivos sociais de forma plena.

Isso porque a submissão ao regime público, a par de não lhe conferir prerrogativas não extensivas ao setor privado, acaba lhe impondo ônus demasiadamente pesados para quem deveria observar as premissas da redução de custos e maximização de lucros, lugar-comum de quem atua em regime igualitário no contexto da livre iniciativa, *locus* do Estado enquanto explorador da atividade econômica.

Utilizando-se de expressão analógica do Direito, geralmente não aplicada fora do contexto processual, cuida-se de capacitar as empresas estatais com “paridade de armas” diante de seus competidores, motivo pelo qual parece ser justificável o afastamento das regras de licitação.

Conclusão

A criação e utilização de empresas estatais são identificadas como uma das formas estatais de atuação na Economia, que oscila entre momentos históricos de máxima e mínima intervenção do Estado, passando pelas zonas cinzentas. Concebidas para inaugurar setores econômicos estratégicos, as instituições financeiras estatais são participantes ativas do mercado, para além das funções típicas de instrumento de regulação ou promotoras de políticas públicas.

Em um contexto de capitalismo de Estado, mais do que fomentar ou regular o cenário econômico, as empresas estatais, como participantes, devem concorrer em posição de igualdade com os demais *players* do segmento de mercado em que atuam.

Nesse cenário, percebem-se também influxos de modernização decorrentes não só do paradigma de Administração gerencial mas também da globalização dos mercados e do próprio setor específico da economia, que é dinâmico e formado por conglomerados ou grupos na estrutura basilar societária. Soma-se aos fatores a ocorrência da crise econômica de 2008/2009, que acirrou os instrumentos de prevenção, regulação prudencial etc. e gerou a edição de normas formais e informais para fazer face ao cenário.

Entre as normas, destaca-se a edição da Lei nº 11.908/2009, decorrente da Medida Provisória nº 443, de 21 de outubro de 2008, que autoriza ao Banco do Brasil S.A. e à Caixa Econômica Federal, diretamente ou por intermédio de suas subsidiárias, adquirir participação em instituições financeiras, públicas ou privadas sediadas no Brasil, incluindo empresas dos ramos securitário, previdenciário, de capitalização e demais descritos nos artigos 17 e 18 da lei.

Pelo escopo da lei, fica claro que ela foi criada com o intuito de minimizar os efeitos da crise, de modo a aparelhar o segmento financeiro público com parcerias indispensáveis para viabilizar a possibilidade de concorrer melhor no mercado específico, complementando e alimentando sua atuação com a *expertise* de empresas em ramos complementares e extraindo delas boas práticas e experiências emergentes da sinergia da parceria. Como exemplo, sabe-se que as empresas de tecnologia são essenciais ao bom funcionamento da atividade regular de intermediação bancária, e, ainda mais do que isso, é comportamento do setor manter o controle de uma empresa de tecnologia para melhor acompanhar os contratos adjacentes.

Portanto, uma das principais formas de viabilizar essa parceria é com a participação e ingerência estatal na empresa privada revelando-se dupla vantagem: a) na incorporação de boas práticas de competição específicas, tendo o acordo de acionistas a função de servir de veículo para tal, tornando mais empresariais as relações entre os entes; b) no controle inerente à participação, que tem reflexo nos contratos de prestação de serviços etc., efetivando-se seu melhor conceito de eficiência.

Por intermédio de acordo de acionistas, o Estado injeta recursos no ente particular, recebe dele dividendos e melhores técnicas de gestão para tornar sua atividade mais adepta das práticas de mercado, em ganho de eficiência de suas atividades-fim.

Partindo-se da premissa que tais alianças e parcerias foram alinhadas para fins de alcançar uma posição de liderança de mercado em relação aos seus principais concorrentes do setor financeiro, o que compõe a finalidade teleológica da Lei nº 11.908/2009, é imprescindível que os contratos de prestação de serviços e de fornecimento com os parceiros seja também pautados na atuação privatista como arranjos que decorram do processo privado de atuação, motivo pelo qual se identifica uma inquestionável afinidade com a exploração das atividades econômicas previstas na concepção finalística.

Assim, também a norma deveria munir os sujeitos parceiros de prerrogativas na formatação de sua própria relação contratual. Mais especificamente, adotando-se uma forma livre de contratação, que poderá ser discriminada por intermédio de acordos operacionais, exatamente da mesma forma como o mercado privado atua.

Sustenta-se, ao longo deste artigo, que, para fins de concorrência comercial de uma empresa, a questão do proprietário – pessoa de direito público ou privado – é irrelevante ou neutra. Ora, a empresa pública enfrenta exatamente os mesmos proble-

mas de organização, monopólio ou competição, eficiência, que qualquer outra empresa particular.

Portanto, de modo geral, segundo entendimento da doutrina e jurisprudência pátrias, quando as regras de direito público constituírem óbices intransponíveis, devem-se adotar os mesmos processos das empresas privadas, sob pena de não se conseguir concorrer igualmente com os demais atores do mercado. Em suma, uma organização comercial tem que se comportar como tal, quem quer seja seu dono, e essa interpretação visa tornar efetiva essa premissa.

Para fins da Lei nº 11.908/2009, fica claro que, na intenção de aparelhar melhor os bancos públicos brasileiros com parcerias, também se quis permitir a eles que as relações com os parceiros fossem realizadas sem que óbices fossem apontados no processo de contratação.

Aplicar, portanto, a Lei de Licitações a tais relações seria incongruente com a finalidade da Lei nº 11.908/2009, criada para fazer face a um contexto de crise e permitir melhores condições de concorrência aos seus sujeitos. Assim, é impensável aplicar aos contratos firmados no bojo das parcerias, embora para fornecimento ou prestação de serviços, as regras gerais de licitações normalmente submetidas às empresas públicas, já que não se trata de meros entes privados, mas sim de entes privados nos quais há participação efetiva das empresas estatais no controle acionário. Pensar diferente é deixar de aparelhar as instituições financeiras estatais com a “paridade de armas” que lhes é necessária para competir em igualdade com os demais *players* do mercado, que se organizam por conglomerados e grupos financeiros.

Referências

ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. Empresa público-privada. **Revista dos Tribunais**, ano 98, v. 890, dez. 2009.

BANCO DO BRASIL. **História**. Disponível em: <<http://www.bb.com.br/portallbb/page301,9171,9171,21,0,1,1.bb?codigoNoticia=8300&codigoMenu=5902>>. Acesso em: 25 ago. 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Admi-**

nistrativo. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BASÍLIO, Flávio A. C. et al. **A Estrutura do Setor Bancário Brasileiro e o Ciclo Recente de Expansão do Crédito: O Papel dos Bancos Públicos**. 2010. Disponível em: <<http://www.anpec.org.br/encontro2010/inscricao/arquivos/00022dde5ba072ede09d99837a4eea5973c.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2014.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos Líquidos**. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 ago. 2014.

BRASIL. Decreto-Lei n 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 23 ago. 2014. 14:30.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br/legislacao/>. Acesso em: 21 ago. 2014.

BRASIL. Exposição de Motivos Interministerial nº 00175/2008 - MF/MP/BCB. Brasília, 21 de outubro de 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Exm/EMI-175-MF-MP-BCB-443.htm>. Acesso em: 21 ago. 2014.

BRASIL. Lei nº 11.908, de 3 de março de 2009. Autoriza o Banco do Brasil S.A. e a Caixa Econômica Federal a constituírem subsidiárias e a adquirirem participação em instituições financeiras

sediadas no Brasil; altera as Leis nºs 7.940, de 20 de dezembro de 1989, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 11.524, de 24 de setembro de 2007, e 11.774, de 17 de setembro de 2008; e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 ago. 2014.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 26 ago. 2014.

BRASIL. Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 27 ago. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 25.888. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <www.stf.gov.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 441.280. Relator Ministro Dias Toffoli. Plenário, 03.08.2011. DJE nº 158, divulgado em 17/08/2011.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 549/2006. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. 24 maio 2006. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 27 ago. 2014.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº 017.072/2000-5. Decisão nº 1.383/2002. Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler. DOU 25.10.2002. TCU. Processo nº 012.207/2009-9. Acórdão 566/2012, Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo, DOU de 19.3.12. TCU. Processo nº 008.037/2006-6. Acórdão nº 2.176/07, Rel. Min. Raimundo Carreiro. DOU 19.10.07: Mencione-se, ainda, o Acórdão nº 1.390/2001, relativo ao Processo nº 006.244/2004-6, Plenário. Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, j. 15.09.2004.

BREMMER, Ian. **O fim do livre mercado**. Trad. Luiz Euclides T. Frazão Filho, São Paulo: Saraiva, 2011.

BUENO, Eduardo. **CAIXA**. Uma História Brasileira. São Paulo: Metalivros, 2002.

CARRASQUEIRA, Simone. **Investimento das Empresas Estatais e Endividamento Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o Direito Privado**. Contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 1996.

FARIA, José Eduardo. **O Estado e o Direito Depois da Crise**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS NETO, Pedro Sabino. **Gestão efetiva e desestatização: uma perspectiva brasileira**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1994.

FERRAZ, Daniel Amin. O Grupo de Sociedades: mecanismo de inserção

da empresa transnacional na nova Ordem Econômica Internacional. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 9, n. 1, p. 15-25, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/rdi/article/view/1633>>. Acesso em: 2 set. 2014.

FORTUNA, Eduardo. **Mercado Financeiro**. 19. ed. Rio de Janeiro: Qualimark, 2013.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Fórum, 2014.

GUERRA, Sérgio. Neoempreendedorismo Estatal e os Consórcios com Empresas do Setor Privado. In: marshall, Carla. (Org.). **Direito Empresarial Público II**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GUZMAN, Andrew T. How International Law Works. **International Theory**, v. 1, n. 2, p. 285-293, 2009. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2176015>. Acesso em: 20 jan. 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal Justen. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15 ed. São Paulo: Dialética, 2014.

PINTO, Gustavo Mathias Alves. **Regulação Sistêmica e Prudencial no Setor Bancário Brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

PINTO JÚNIOR, Mario Engler. **Empresa Estatal**. Função Econô-

mica e Dilemas Societários. São Paulo: Atlas, 2010.

PINTO JÚNIOR, Mario Engler. Regulação Econômica e Empresas Estatais. **Revista de Direito Público da Economia** – RDPE, n. 15, 2006.

RODRIGUES, Nuno Cunha. **Golden Share**: as empresas participadas e os privilégios do Estado. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

SADDY, A. **Formas de Atuação e Intervenção do Estado Brasileiro na Economia**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.

SANTOS, Jailson Moreira dos. A história da Caixa Econômica Federal do Brasil e o desenvolvimento econômico, social e político brasileiro. In: O desenvolvimento econômico brasileiro e a Caixa: trabalhos premiados. Rio de Janeiro: Centro Internacional Celso Furtado de Políticas para o Desenvolvimento; Caixa Econô-

mica Federal, 2011. p. 167-181. Disponível em <http://www.centrocelsofurtado.org.br/arquivos/image/201111011244400.Livro_CAIXA_T_0_167.pdf>. Acesso em: 3 set. 2014.

SCHAPIRO, Mario Gomes. **Novos parâmetros para a intervenção do Estado na Economia**. São Paulo: Saraiva, 2010. (Série DireitoGV)

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **As barbas do imperador**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo da Economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. Participação Privada nas Empresas Estatais. In: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Malheiros, 2000.

O trabalho em “facções” do ramo têxtil/vestuário em Blumenau/SC: um estudo de caso sobre saúde e adoecimento

Oscar Krost

*Juiz do Trabalho do TRT da 12ª Região/SC
Membro do Instituto de Pesquisas e Estudos
Avançados da Magistratura e do Ministério Público
do Trabalho (IPEATRA)
Mestre em Desenvolvimento Regional pela
Universidade Regional de Blumenau (PPGDR/FURB)*

“A história se repete mas a força
deixa a história mal contada”.
*Humberto Gessinger*¹

RESUMO

A colônia de Blumenau, criada em 1850, embora tenha sido ocupada inicialmente por pequenos agricultores originários da Alemanha, em pouco mais de 30 anos de existência vivenciou a criação de pequenas oficinas de costura e de fiação, cujo êxito levou à transformação em fábricas e à formação de um polo fabril no setor. A partir da década de 1980, algumas dessas indústrias passaram por processos de reestruturação produtiva, transferindo parte de suas atividades a “terceiros”, também chamados de “facções”, ocasionando a redução do quadro de empregados e a precarização nas condições de trabalho. Em vista de tal realidade, pretende-se neste artigo abordar os efeitos gerados pela “terceirização” por “facções” em Blumenau sobre a saúde dos operários, a fim de fornecer elementos para o debate e permitir a elaboração de políticas públicas para seu enfrentamento.

Palavras-chave: Facções. Terceirização. Adoecimento. Políticas públicas.

¹ Trecho da canção “Toda forma de poder”, composta por Humberto Gessinger, membro da banda Engenheiros do Hawaii. Letra disponível na íntegra em <<http://letras.mus.br/engenheiros-do-hawaii/12895/>>. Acesso em 12 ago. 2015.

ABSTRACT

The colony of Blumenau, created in 1850, although it was originally occupied by small farmers from Germany, in just over 30 years of existence experienced the creation of small workshops in sewing and spinning, the success of which led to the transformation in factories and the formation of an industrial pole in the sector. From the 1980s, some of these industries have undergone productive restructuring, transferring part of its activities to "third parties", also called "factions", causing a reduction in the number of employees and precarious working conditions. In view of this reality, it is intended in this article address the effects generated by "outsourcing" by "factions" in Blumenau on a health of workers, in order to provide input to the debate and allow the development of public politics for solving them.

Keywords: Factions. Outsourcing. Illness. Public politics.

Introdução

Ao chegar ao município de Blumenau, em janeiro de 2007, para atuar como Juiz do Trabalho, deparei-me com demandas que envolviam um novo arranjo produtivo, típico do setor têxtil/vestuário da região, conhecido pela alcunha de "fação". As lides versavam, via de regra, sobre pretensões condenatórias, formuladas pelos trabalhadores em face das pequenas oficinas nas quais atuavam como empregados, buscando, ainda, a responsabilização das "empresas clientes" (tomadoras de serviços).

Embora aparentemente simples, a matéria envolvia variáveis que lhe emprestavam uma complexidade singular, a ponto de inexistir uma jurisprudência sedimentada nos Tribunais Trabalhistas, inclusive no Tribunal Superior do Trabalho. Dificultando ainda mais o enfrentamento da questão, registre-se a escassez de doutrina jurídica específica à época.

Assim, não sendo possível ao Juiz deixar de dirimir qualquer conflito submetido a seu exame sob o fundamento de inexistir uma regra aplicável, devendo, para tanto, lançar mão da analogia, dos costumes e dos Princípios Gerais do Direito², senti-me premido a aprofundar o conhecimento sobre a temática. Com isso, além dos fundamentos essenciais à fundamentação das

² Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, antiga Lei de Introdução ao Código Civil), art. 4º: "Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito". Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em: 12 ago. 2015.

sentenças, acabei produzindo um pequeno ensaio sobre a responsabilidade civil das empresas contratantes pelos créditos titulados pelos empregados de “facções”.³

Passada quase uma década, as contendas envolvendo “facções” aumentam a cada ano em todo o país, tornando-se um fenômeno de alcance nacional e versando sobre violações para além da esfera financeira dos trabalhadores, atingindo também sua integridade física.⁴ Diante desse quadro, faz-se premente um novo enfrentamento a respeito da questão, sob o viés das condições de trabalho e da influência na saúde dos operários, a fim de qualificar o debate em curso, o que se propõe neste artigo.

Embora a situação fática nas “facções” em Blumenau possam não traduzir a realidade em todo o país, a escolha desse território como estudo de caso se justifica por ser o município um importante polo do segmento têxtil/vestuário no Brasil, pioneiro em diversos aspectos, inclusive em termos de “faccionamento” de algumas atividades industriais. Para tanto, examinar-se-ão alguns relatos dos próprios sujeitos envolvidos no processo produtivo, em entrevistas semiestruturadas, e utilizar-se-ão conhecimentos multidisciplinares, com ênfase nas áreas do Desenvolvimento Regional, Sociologia, História Social e Direito, a partir de análise bibliográfica e documental.

1 Blumenau/SC: uma colônia agrícola com vocação industrial

O atual município de Blumenau, localizado no Vale do Itajaí, região nordeste de Santa Catarina, teve origem em um núcleo privado de ocupação, de propriedade do farmacêutico alemão Hermann Bruno Otto Blumenau, criado em 1850, em terras adquiridas junto ao Império Brasileiro. Até 1880, as atividades na colônia, cuja população era basicamente constituída por trabalhadores de origem germânica, se restringiam a simples transformação de produtos agrários por engenhos de açúcar e de aguardente, além de moinhos de mandioca e de milho.

³ O artigo referido intitula-se “**Contrato de facção**”: fundamentos da responsabilidade da contratante por créditos trabalhistas dos empregados da contratada, sendo a primeira publicação na **Revista Justiça do Trabalho**. Porto Alegre: HS Editora, nº 287, novembro/2007, p. 28-35. Encontra-se disponível, ainda, na revista *on line Jus Navigandi*, em <<http://jus.com.br/revista/texto/10611>>. Acesso em: 12 ago. 2015.

⁴ A questão possui tamanha relevância social a ponto de o Tribunal Superior do Trabalho ter elegido o contrato de facção como tema a ser estudado no mês de abril de 2015, inclusive com bibliografia recomendada. Materiais disponíveis em: <<http://www.tst.jus.br/web/biblioteca/2015-abril>>. Acesso em: 12 ago. 2015.

A partir de 1880, com a chegada de uma nova leva de imigrantes com experiência no ramo têxtil/vestuário, começaram a ser criadas pequenas malharias caseiras, empreendimentos que alavancaram outros ramos produtivos de transformação, como a siderurgia e o porcelanato (HERING, 1950). O crescimento da indústria causou um aumento da demanda de energia, até então de motriz hidráulica, fomentando a construção, entre 1909 e 1910, de uma pequena usina hidroelétrica, posteriormente incorporada pela Companhia Estadual Força e Luz S.A. (VANZUITEN, 2011).

O processo de industrialização de Blumenau pode ser compreendido a partir de dois fenômenos relacionados, contudo distintos. O primeiro seria a crescente inserção da economia blumenauense no mercado nacional, em uma divisão inter-regional, considerando todo o país e cujo centro encontrava-se no eixo Rio-São Paulo. O segundo, a divisão do trabalho em urbano e rural, gerando um mercado local de consumo (SINGER, 1968).

Entretanto, a expansão e o desenvolvimento que caracterizaram a economia de Blumenau em grande parte do século XX não ficaram imunes à instabilidade financeira e política em todo o Brasil durante a década de 1980, com sucessivas trocas de moeda, planos econômicos, desemprego e valorização do dólar. Ainda que a cidade respondesse, em 1981, por 17% do valor da produção e 15% dos empregos formais do estado, bem como 75% das exportações de toalhas, malhas, lençóis e colchas do país, ocorreu a despedida, no mesmo ano, de 2 mil trabalhadores do ramo têxtil (PETRY, 2000).

A queda das exportações incrementadas na década anterior não tardou a acontecer, por conta da obsolescência do maquinário, resultado da dificuldade de importar novos equipamentos por questões cambiais e tarifárias, e pelos efeitos causados no mercado estrangeiro, pela moratória da dívida externa declarada pelo governo brasileiro, abalando a credibilidade dos produtores nacionais.

A liberalização do mercado mundial, na mesma época, provocou, de um lado, investimentos estrangeiros e facilidades na importação e, de outro, a concorrência internacional de países com custos e salários muito inferiores aos brasileiros, como China e Índia. Com isso, a indústria têxtil brasileira promoveu, entre 1990 e 1999, a extinção de 295 mil empregos, representando 54% do total, sinal da clara opção do empresariado pela aceleração de um processo de reestruturação produtiva, tanto em âmbito interno quanto externo (KOHLEPP; RENAUX, 2007).

Nesse cenário, as indústrias do ramo têxtil/vestuário de Blumenau dão início a um processo de reestruturação produtiva pelo repasse a “terceiros” de parte de suas atividades, gerando os neologismos “terceirização” e “facção”. Por “terceirização”, entende o jurista Rodrigo Goldschmidt “um relacionamento angular, que envolve empregado, empresa prestadora e tomador de serviço” (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 125). Nela, ao contrário da relação de emprego tradicional, de caráter bilateral e direta entre o beneficiário e o prestador dos serviços (empregador e empregado), há um intermediário entre quem trabalha e aquele a que se destina a atividade. Embora não disciplinada em lei, exceto para hipóteses envolvendo vigilância e trabalho temporário, essa espécie contratual possui parâmetros de regularidade estabelecidos pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, pela Súmula nº 331, como a ausência de subordinação e de pessoalidade do trabalhador em face do tomador dos serviços, além da desvinculação do labor da finalidade da contratante, podendo guardar relação com atividade-meio, assim entendida a de apoio.

Já o negócio de “facção”, espécie do gênero “terceirização”, também não possui disciplina em lei e é caracterizado pelo repasse a uma empresa, formalmente constituída ou não, de parte do processo fabril, normalmente atrelado ao ramo têxtil/vestuário, para realização de obra estritamente vinculada à atividade-fim (CARVALHO, 2011).

O que diferencia a “terceirização” típica da realizada por “facções” é que naquela o interesse do tomador recai sobre os serviços do trabalhador, como asseio, conservação, segurança ou limpeza, os quais são prestados na sede do próprio tomador, enquanto na “facção” o objetivo é o produto final do trabalho, não importando como se desenvolve, o que se dá sempre fora da tomadora, em local distinto.

Diante desse panorama, desencadeia-se uma precarização das condições de trabalho, sob a justificativa de aumentar os níveis de competitividade da indústria brasileira, com perda do poder aquisitivo dos salários, agora atrelados à produção, no lugar do tempo de serviço, condição historicamente ajustada. Partindo desse cenário, passa-se, então, a examinar como a atuação em “facções” em Blumenau afetou a saúde dos trabalhadores do ramo têxtil/vestuário.

2 Trabalho em “facções”: efeitos sobre a saúde do trabalhador

A saúde foi alçada a Direito Social de todos e a dever do Estado pela Constituição de 1988, conforme o disposto nos arts.

6º, *caput*, e 196.⁵ Obteve, ainda, *status* de fundamento do Estado Democrático de Direito, por decorrer dos preceitos da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, previstos em seu art. 1º, incisos III e IV.⁶

O Decreto nº 3.048/99, art. 202, regulamentou parte da legislação infortunística assegurada em linhas gerais pela Constituição e classificou as atividades produtivas em três níveis de risco, de 1 a 3, conforme a potencialidade de adoecimento dos trabalhadores envolvidos. Considerando o ramo preponderante em cada empresa em uma variação de risco leve a grave, foi imputada aos empregadores, pelos incisos I a III do referido artigo, a obrigação de custear um seguro, chamado de Seguro por Acidentes de Trabalho (SAT), assumindo uma quota correspondente a 1%, 2% ou 3% da remuneração do empregado. Essas alíquotas podem ser elevadas ainda mais em situações em que o trabalhador fizer jus à aposentadoria especial, com redução do tempo de serviço⁷, conforme parágrafo 1º do art. 202.⁸

No Anexo V do Decreto nº 3.048/99, encontra-se a Relação de Atividades Preponderantes e os respectivos graus de risco, sendo 27 delas relacionadas à indústria têxtil/vestuário. Desse total, 22 são consideradas nível 3 (risco grave)⁹, quatro nível 2 (risco médio) e apenas uma nível 1 (risco leve), revelando o alto potencial de adoecimento a que se encontram submetidos os trabalhadores, mesmo quando adotadas as medidas preventivas previstas em lei. Um dos critérios adotados na classificação do grau de risco é o percentual de empregados afastados do trabalho por doença a este relacionada, particularidade que talvez explique a consideração do risco de nível médio para atividade de “facção” de roupas

⁵ Constituição da República Federativa do Brasil, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 4 maio 2015.

⁶ Idem.

⁷ Decreto nº 3.048/99, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm>. Acesso em: 4 maio 2015.

⁸ Embora o seguro previsto no Decreto nº 3.048/99 seja chamado de Seguro por Acidentes de Trabalho (SAT), a hipótese de o trabalhador acioná-lo vai além das ocorrências de acidente típico, alcançando tanto doença profissional quanto do trabalho, na forma estabelecida pela Lei nº 8.213/91, art. 20, incisos I e II, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 4 maio 2015.

⁹ As atividades que integram a indústria têxtil/vestuário foram divididas em 27 segmentos, cada um identificado por um Código Nacional de Atividade Econômica (CNAE) diferente, sem qualquer nota técnica sobre o critério adotado. Anexo V disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm>. Acesso em: 4 maio 2015.

profissionais e de risco leve para "facção" de roupa íntima, na medida em que a informalidade que, via de regra, caracteriza essa modalidade de "terceirização" provoca a subnotificação, deixando os órgãos oficiais com dados que não retratam a realidade.

No caso dos trabalhadores do ramo têxtil/vestuário, cuja maior parte das atividades é considerada de risco grave, são doenças presumidamente relacionadas ao serviço: depressão, transtornos de humor, problemas na coluna vertebral, inflamações ou lesões em músculos e tendões, traumatismos e lesões em punhos e mãos, sequelas decorrentes de traumatismos em cabeça, pescoço, tronco, membros superiores e inferiores e intoxicações causadas por drogas, medicamentos e substâncias biológicas.

Partindo de tais considerações, merece atenção o estudo de autoria dos Procuradores do Trabalho Daniela Elbert, Márcia Kamei e Sandro Sardá, elaborado a partir de dados oficiais para adequação das condições de trabalho no setor têxtil/vestuário, que responde por aproximadamente 170 mil empregos em Santa Catarina, de forma direta ou indireta, sendo pelo menos 30 mil com registro em Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS) em Blumenau. Representa mais de 25% de um universo de 112 mil trabalhadores da cidade, sendo a segunda atividade econômica em número de acidentes de trabalho no setor privado. A importância do segmento no município evidencia-se pela constatação de que 16 das 17 maiores empresas do ramo no estado, em 2006, estavam nele sediadas, respondendo por 23.500 empregos diretos (ELBERT; KAMEI; SARDÁ, 2012, p. 2).

Somente o setor têxtil em Blumenau, em relação à estatística oficial, apresentou entre 2005 e 2010 índice de 20 a 23% do total de acidentes e adoecimentos do trabalho relatados ao Centro de Referência em Saúde do Trabalhador (CEREST). Não foram considerados no levantamento os empregados da indústria do vestuário e das "facções", parte destes possivelmente incluída na categoria geral "terceirizados", em que não é especificada a área de atuação do tomador dos serviços, bem como os trabalhadores que atuam sem registro em carteira ou como autônomos em domicílio, portanto na informalidade (BEVIAN; FERRAZZO, [ca. 2010], anexo III).

Leila¹⁰, costureira por mais de 25 anos em Blumenau, incapacitada para o serviço há cinco anos e meio por problemas de

¹⁰ Em atenção aos direitos de sigilo, confidencialidade e privacidade dos entrevistados, todas as falas mencionadas referem-se a entrevistas realizadas em pesquisa feita pelo autor deste ensaio, sendo fictícios os nomes utilizados para identificar, sem qualquer relação com os verdadeiros.

saúde ocasionados pela atividade profissional, assim descreve a precarização das condições de trabalho após deixar de ser empregada das grandes indústrias:

A saúde piorou. Eu já tinha feito a cirurgia nos ombros e não tinha mais os ombros 100%. Aí começou o problema na coluna que afetou os braços, o que aconteceu por tudo um pouco [...] A cadeira era ruim, toda de madeira, toda dura. Para trabalhar, tinha que erguer a mesa onde ficava a máquina, uns 3 cm, “pra” encostar bem a cadeira “pra” apoiar a coluna na cadeira [...] A luz era bem fraca. Tinha janelas basculantes e no verão era muito quente. Aí ficavam abrindo, por causa do ventilador. Uns queriam, outros não queriam, e aí laçavam as linhas. A saúde piorou, eu me afastei e não tem mais como voltar (entrevista realizada em 22.6.2015).

Em semelhante sentido se apresenta o relato de Juçara, costureira com quase quatro décadas de atividade na indústria de Blumenau, sendo a metade delas atuando em “facções”, também incapacitada há quatro anos e meio:

Cada ano que passava “pros” “terceirizados” aumentava a energia, aumentava tudo e o preço das peças vinha diminuindo, diminuindo. Aí, então, o que tu trabalhava em 8 horas “pra” conseguir 14 peças, que se transforma em dinheiro, tinha que trabalhar 12, 13 horas. Tudo aumentava: funcionários, salários, os encargos, tudo. E assim foi. A gente ia trabalhando, trabalhando, e o que acontece? O que a gente adquire com isso? Só doença. [...] Resumindo: sou costureira desde os meus 14 anos e hoje eu “tô” com 56 e ainda sou costureira. Faz 4 anos e meio que eu parei de trabalhar (entrevista realizada em 25.06.2015).

De acordo com o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), entre 2006 e 2010, pelo menos 10% dos empregados em Blumenau sofreram com alguma moléstia relacionada ao trabalho, de gravidade tal a gerar afastamentos temporários (recebimento de auxílio-doença), com tempo médio de 59 dias por ano, ou definitivos (aposentadoria por invalidez) (BEVIAN; FERRAZZO, [ca. 2010], anexo I). Ditas mazelas decorrem do aumento do número de doenças profissionais que acometem os trabalhadores, pela precarização das condições de trabalho, em desatendimento às disposições elementares de ergonomia e segurança previstas em lei, causando afastamentos por incapacidade precoce, com oneração da Previdência Social e das redes de amparo existentes.

O risco de adoecimento naturalmente elevado da atividade, mesmo quando prestada em condições ideais, é potencializado nas "facções" pela precariedade de suas instalações, via de regra domiciliares, em locais de circulação de membros da família de alguns dos profissionais, inclusive crianças. Não há observância de um padrão mínimo de ergonomia, medicina e segurança do trabalho, utilizando-se mobiliário improvisado, com o armazenamento e o descarte de matéria-prima e resíduos de modo inadequado, além da não concessão de pausas no curso da jornada para descanso, alimentação e exercícios.¹¹

Os limites temporais máximos de atividade para a realização do trabalho, diário e semanal, bem como intervalos, raramente são respeitados, pois o verdadeiro estado de sujeição das "facções" às empresas tomadoras de serviço, antigas empregadoras, impõe àquelas uma disponibilidade total. Com isso, a grande indústria não observa ao levar e buscar peças para confecção ou para refazimento horários comumente destinados a refeição, repouso e lazer, prejudicando a dinâmica da própria família dos trabalhadores (PIMENTEL, 2010).

Eva, costureira com 27 anos de experiência, questionada sobre a diferença entre trabalhar como empregada de uma grande fábrica e para uma "facção" em Blumenau e qual seu sentimento em relação a isso, respondeu:

O que muda mais é a saúde, assim, e o sindicato não ter [...] na "facção" é bem mais trabalhado, "tá" assim ali, direto, o ritmo [...] É muito ruim. Às vezes eu fico pensando em tudo aquilo que eu tinha, que a gente tinha e às vezes a gente não dava valor, né? E agora ali, às vezes eu quero ir "pra" um médico e eu tenho que falar "pra" recuperar ou alguma coisa assim, entendeste? Porque é complicado. Lá, não. Lá tinha médico na empresa! Ficava ruim, tu ia lá e dizia: "olha, não 'tô' bem". Agora, não. Tu vai "pro" posto às 4h da manhã pegar um atestado ou alguma coisa assim (entrevista realizada em 11.5.2015).

¹¹ As Normas Regulamentares (NRs) nº 07 e 09 da Portaria nº 3.214/78 do Ministério do Trabalho e Emprego obrigam os estabelecimentos que empreguem mão de obra pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) a elaborarem um Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA), bem como um Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO), feitos por profissionais habilitados, documentos indispensáveis para a gestão da segurança e saúde no trabalho. O não atendimento da exigência legal pode gerar a autuação e aplicação de multa pelo próprio Ministério. Normas Regulamentares disponíveis em: <<http://portal.mte.gov.br/legislacao/normas-regulamentadoras-1.htm>>. Acesso em: 9 maio 2015.

A fala de Nilda, costureira por mais de 30 anos também em Blumenau, confirma o decréscimo das condições de trabalho ao deixar de atuar como empregada de uma empresa tradicional:

Comecei a trabalhar em “facção” em 1994 e não tinha registro, não tinha refeitório [...] trabalhando normalmente oito horas, mas podia ser mais dependendo da produção que tinha que sair, sendo muitas vezes bem mais do que na empresa grande. Não tinha dentista ou ginástica. [...] Não tinha refeitório. Tinha que levar lanche de casa.

A “facção” ficava em um galpão pequeno e alugado, com muito pó e barulho. Na empresa grande a gente tinha o protetor de ouvido. Na “facção” não tinha equipamento de proteção. O salário era bem mais baixo (entrevista realizada em 06.05.2015).

O adoecimento inerente à atividade de risco, fato de conhecimento das fábricas tradicionais, acaba potencializado pela produção de um sofrimento adicional ao trabalhador, causado pelo aumento do ritmo do serviço e pela pressão por resultados (interna, do próprio operário, e externa, de parte de colegas/faccionistas/tomadoras de serviços), de modo concomitante à frustração do direito a atuar em condições seguras (móveis ergonômicos, maquinário em perfeito estado de funcionamento, instalações arejadas e iluminadas, limite máximo de jornada, entre outras). Mesmo sabendo o que e como fazer, o profissional acaba exposto a uma situação extrema de penosidade física e mental extrema, se deparando com uma encruzilhada, na qual se encontram os valores profissionais da qualidade, responsabilidade e ética de um lado e, de outro, o temor da perda da ocupação já precária, essencial para prover sua subsistência e de sua família (DEJOURS, 1999).

Pela sucontratação por “facções” elevam-se a pressão e o controle sobre a força de trabalho, cuja resistência se encontra enfraquecida, eximindo a empresa beneficiária do trabalho dos custos com medidas promotoras de um meio ambiente laboral equilibrado e reparatórias de eventuais doenças produzidas (HARVEY, 2012, p. 140-141). O adoecimento dos trabalhadores, pela realização de atividades de alto risco, não deixa de ocorrer; ao contrário, eleva-se exponencialmente pela falta de um planejamento adequado. Na realidade, há apenas uma ocultação dos sujeitos que trabalham e de suas condições de serviço, ocupando um espaço do lado de fora da fábrica, estranho a esta, a ponto de torná-los invisíveis à sociedade e ao Estado (CABREIRA; WOLFF, 2013).

Constata-se, na prática, que o avanço do Neoliberalismo econômico e do regime de acumulação flexível que o caracteriza produziram o enfraquecimento da ideia de saúde enquanto Direito Fundamental de todos e dever do próprio Estado. Há, de um lado, o esvaziamento do conceito de risco social, cujo seguro deve ser custeado pelo capital que dele se beneficia, em defesa de toda a coletividade, em um sentido distributivo de riqueza e, de outro, o primado do individualismo, com ênfase ao conceito de mérito próprio de cada sujeito como medida de seus direitos, enfatizando um viés puramente retributivo do fruto da produção.

Conclusão

Analisando-se o caso do setor têxtil/vestuário de Blumenau, município em que essa atividade é predominante, e o repasse de várias atividades da produção para "facções", alcinha dada aos "terceiros", constata-se o agravamento dos riscos já elevados de adoecimento dos trabalhadores do setor, juntamente com a supressão de medidas preventivas previstas no Ordenamento Jurídico.

Está-se diante de uma diluição social dos riscos infortunistas até então assumidos pelas grandes indústrias, como meros consectários dos ganhos gerados pela exploração do trabalho, alijando-as de uma responsabilidade legal e histórica.

Sem um enfrentamento adequado da questão, pelo debate e pela implementação de medidas pelo Poder Público e demais atores sociais, o quadro já alarmante tende a se acentuar, com graves repercussões, sendo urgente um debate qualificado e multidisciplinar a esse respeito.

Referências

- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 13 abr. 2015.
- BRASIL. **Decreto nº 3.048/99**, publicado em 06 de maio de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm>. Acesso em: 4 maio 2015.
- BRASIL. **Lei nº 8.213/91**: promulgada em 24 de julho de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 20 abr. 2015.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657/42**. Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro: promulga-

da em 04 de setembro de 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm>. Acesso em: 12 ago. 2015.

BEVIAN, Elsa Cristine; FERRAZZO, Débora. **Diagnóstico da saúde do trabalhador em Blumenau**. [ca. 2010]. Disponível em: <<http://www.furb.br/saudedotrabalhador/>>. Acesso em: 24 jul. 2014.

CABREIRA, Lucas Ferreira; WOLFF, Simone. Precarização e informalidade na indústria de confecções em Cianorte (PR): crise na tutela trabalhista In: LOURENÇO, Edvânia Ângela de Souza; NAVARRO, Vera Lúcia (orgs.). **O avesso do trabalho**: Saúde do Trabalhador e questões contemporâneas. 1ª ed. São Paulo: Outras expressões, 2013. p. 199-218.

CARVALHO, Augusto César Leite de. **Direito do Trabalho**: curso e discurso. Aracaju: Evocati, 2011.

DEJOURS, Christophe. **A banalização da injustiça social**. Tradução de Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

ELBERT, Daniela; KAMEI, Márcia; SARDÁ, Sandro. **Projeto de adequação das condições de trabalho na indústria têxtil do Estado de Santa Catarina**. Florianópolis, 2012. Não publicado.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Flexibilização dos direitos trabalhistas**: Ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como forma de resistência. São Paulo: LTr, 2009.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna**: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. 12. ed. São Paulo: Loyola, 2012.

HERING, Ingo. Desenvolvimento da Indústria Blumenauense. In: PREFEITURA MUNICIPAL DE BLUMENAU. **Centenário de Blumenau**. Blumenau, 1950. p. 161-188.

KOHLHEPP, Gerd; RENAUX, Maria Luiza. Desenvolvimento industrial e identidade regional nos tempos da Globalização: Blumenau e o Nordeste de Santa Catarina. **Blumenau em Cadernos**, Blumenau, Edição Especial 50 anos, tomo XLVIII, nº 11/12, p. 159-186, nov./dez. 2007.

KROST, Oscar. "Contrato de facção": fundamentos da responsabilidade da contratante por créditos trabalhistas dos empregados da contratada. **Revista Justiça do Trabalho**. Porto Alegre: HS Editora, nº 287, p. 28-35, novembro/2007.

PETRY, Sueli Maria Vanzuita. **A fibra tece a história**: a contribuição da indústria têxtil nos 150 anos de Blumenau (A history woven of fiber). Blumenau: Sintex, 2000.

PIMENTEL, Lílían Cristina Teixeira. **O trabalho e o processo de saúde-doença das costureiras por facção**: região metropolitana de Goiânia. 2010. 227p. Dissertação (Mestrado em Ciências Ambientais e Saúde) – Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2010. Disponível em: <http://tede.biblioteca.ucg.br/tde_busca/

arquivo.php?codArquivo=946>.
Acesso em: 20 abr. 2015.

SINGER, Paul Israel. **Desenvolvimento econômico e evolução urbana**: análise da evolução econômica de São Paulo, Blumenau, Porto Alegre, Belo Horizonte e Recife. São Paulo: Editora Nacional; Editora USP, 1968.

VANZUITEN, Alan Jones. **A interferência do Estado Novo na vida dos imigrantes europeus do Vale do Itajaí e suas consequências para o desenvolvimento regional**. 2011. 127p. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Regional) - Centro de Ciências Humanas e da Comunicação, Fundação Universidade Regional de Blumenau, Blumenau, 2011.

Crítica ao sentido de unicidade sindical no Estado Democrático de Direito

Cristiane Maria Freitas de Mello

Advogada e Professora

Mestra em Direito pela Pontifícia Universidade

Católica de São Paulo

Mestra em Desenvolvimento Regional e Urbano pela

Universidade Salvador

Maurício Veloso Queiroz

Advogado

Mestre em Direito da Sociedade da Informação pelas

Faculdades Metropolitanas Unidas

RESUMO

O presente artigo critica a interpretação constitucional do Supremo Tribunal Federal do modelo de unicidade sindical no Brasil enquanto Estado Democrático de Direito. Para tanto, parte-se de uma análise das novas funções da negociação coletiva na sociedade complexa, especialmente como instrumento de concretização dos direitos fundamentais e conquista de progresso social, para concluir acerca da necessidade de efetiva liberdade sindical para o alcance de tais objetivos. A ideia, portanto, é resgatar a fundamentalidade material do direito de liberdade sindical através da reinterpretação de tal modelo à luz dos princípios democráticos, com enfoque no tema da representatividade sindical.

Palavras-chave: Unicidade sindical. Direito de liberdade sindical. Representatividade. Democracia.

ABSTRACT

This essay criticizes constitutional interpretation of the Supreme Court of the single union model in Brazil, as democratic state of law. For this, one starts with an analysis of the new role of collective bargaining in complex society, especially as an instrument of implementation of fundamental rights and to achieving social progress, to conclude on the requirement for effective freedom to accomplish such goals. The idea, therefore, is to rescue the fundamentality material right to freedom through the

reinterpretation of such model in the light of democratic principles, with focus on debate about representativeness.

Keywords: Single union. Right of union freedom. Representativeness. Democracy.

Introdução

A negociação coletiva vem assumindo novos contornos e funções diante dos desafios das sociedades complexas, especialmente para adaptação permanente às constantes mudanças socioeconômicas.

Diz-se isso porque, ante a pluralidade de situações sociais, econômicas, políticas e culturais, sobretudo nas relações de trabalho, não podem os sujeitos coletivos aguardar a resposta do Estado legislador, que, em geral, é lenta, especialmente quando se trata da regulação das relações entre o capital e o trabalho, não obstante a globalização que induz uma percepção de celeridade também no campo normativo.

Nessa linha de ideias, os sindicatos profissionais só estarão aptos às novas funções da negociação coletiva se estiverem preparados para um constante debate dialético, com a interação do maior número possível de pontos de vista sobre a questão a ser decidida, o que demanda a maior participação possível de seus representados.

Dessa conclusão decorre a indagação se os sindicatos brasileiros possuem força representativa para serem considerados aptos à concretização dessa negociação numa perspectiva de real defesa dos interesses dos trabalhadores.

O estudo parte, portanto, do necessário exame da questão concernente à representatividade sindical e da indispensável associação entre liberdade sindical e democracia, para, posteriormente, defender uma interpretação do modelo de unicidade à luz dos princípios democráticos, com o exame da representatividade, a partir da reflexão sobre o conceito de *categoria*, previsto no artigo 511 da Consolidação das Leis do Trabalho, à luz do texto constitucional.

1 Novas perspectivas da negociação coletiva

A negociação coletiva, antes reduzida a um mero instrumento de pacificação de conflitos, atualmente é concebida como um processo, caracterizado por um conjunto de atividades sequenciadas de comunicação, pressão e ações de convencimento, desenvolvidas pelos sujeitos coletivos e permeadas pela boa-fé objetiva.

Também já se apresenta como mecanismo para alcançar novos objetivos, como a reorganização ou modulação dos tempos de trabalho, representação dos trabalhadores no nível da empresa ou de grupo, proteção da condição de saúde no trabalho e coordenação das lutas contra discriminações.

No Brasil, a negociação coletiva alcança um patamar privilegiado na relação de trabalho e de composição dos conflitos com a Constituição de 1988, que elevou a negociação à condição de direito fundamental dos trabalhadores (artigo 8º, inciso VI), entendendo-a como condição obrigatória no aforamento de dissídio coletivo econômico (artigo 114, § 2º), além de modo flexibilizatório¹ de direito (artigo 7º, incisos VI, XIII e XIV).

A questão que se põe, no entanto, é se a negociação coletiva², como um direito constitucional assegurado, em sua atual complexidade e sendo a expressão de uma liberdade e de uma autonomia coletiva, está sendo um mecanismo efetivo de progresso social.

Tomando como base a visão triangular do Direito Coletivo do Trabalho, proposta por Cueva (1986, p. 423), não é possível pensar na negociação coletiva sem a existência de sindicato e de direito de greve. No entanto, a essa visão gráfica do autor deve-se acrescentar também a liberdade sindical em todas as suas dimensões, sobretudo quanto à representatividade dos entes coletivos, a fim de possibilitar uma atuação independente e efetiva dos sindicatos.

2 Pluralidade jurídica como solução para as sociedades complexas

Considerando a pretensão do Direito do Trabalho de mitigar a desigualdade fática existente entre o capital e o trabalho,

¹ O termo *flexibilizatório* é usado no sentido de re-regulamentação, não se confundindo, pois, com desregulamentação. Uriarte (2002, p. 9) apresenta diversas classes de flexibilidade. Uma dessas sistematizações possíveis é aquela feita em função da fonte de direito flexibilizadora. O texto se refere, dentro da sistematização proposta pelo autor, à flexibilização autônoma, introduzida pela autonomia coletiva, nela intervindo os próprios destinatários da flexibilização, seja por meio de convenção coletiva, pacto social ou acordo padrão, assentada na tese de uma transição da proteção estatal para um garantismo coletivo.

² Segundo Supiot (2007, p. 139), a negociação coletiva constitui a instituição mais dinâmica e um instrumento oportuno para assimilação e adaptação permanente às mudanças, em frente à heterogeneidade de formas de organização de trabalho, à participação de diferentes sujeitos e à compenetração de diversos problemas.

que subsiste apesar do advento de uma nova sociedade no lugar da sociedade industrial, é intuitivo perceber que a disparidade entre o trabalhador individualmente considerado e o empregador só poderá ser abrandada por meio da concretização do contrapoder coletivo dos trabalhadores, que, através da negociação coletiva, busca a melhoria das condições de trabalho.

As mudanças decorrentes da revolução tecnológica da informação também foram significativas para o campo jurídico. O surgimento das novas tecnologias, bem como a globalização, exerceu igualmente um grande impacto na produção do direito, de modo que é possível afirmar que há um Direito antes e outro depois da revolução informacional. É indubitável que a sociedade da informação realmente transformou a atividade econômica, o mundo do trabalho e o modo de produção de bens e serviços. E nada disso poderia ter sido indiferente em relação à prática jurídica.

A prática jurídica acontece ainda sobretudo no plano nacional, que é de onde emana a maior parte das normas, salvo raríssimas exceções. Ainda assim é possível identificar claramente uma mudança na lógica da produção do direito a partir da internacionalização, que interferiu na aproximação das diversas legislações. Dessa forma, embora o modo de produção do direito não seja reproduzido igualmente nos distintos campos jurídicos nacionais, é forçoso notar em todos eles as mesmas tendências de mudança.

Diversos direitos ilustram bem a mudança provocada pela globalização, a exemplo da previsão constitucional de proteção em face da automação e da questão do aviso prévio proporcional.³ Diz-se isso porque, mesmo antes da publicação e vigência da Lei 12.506/2011⁴, os sindicatos já negociavam cláusulas prevendo o aviso prévio proporcional. No que se refere à automação, diversas convenções e acordos trazem previsão de capacitação dos trabalhadores, proteção à saúde do trabalhador, além de planos de demissão voluntária.

Isso só demonstra que a normatização heterônoma, materializada através de agentes externos, embora importante para a proteção de diversos direitos, não é capaz *de per si* acompanhar os desafios da sociedade, pois as normas jurídicas que passam a ser necessárias não possuem mais o mesmo caráter condicional de antes (sentido retrospectivo), quando se destinavam básica-

³ Tais direitos estão dispostos, respectivamente, nos incisos XXVII e XXI do art. 7º da Constituição Federal.

⁴ A Lei 12.506, de 11 de outubro de 2011, dispõe sobre o aviso prévio proporcional.

mente a estabelecer certa conduta, de acordo com um padrão, em geral fixado previamente, conforme instituído no modelo de Código Civil francês, de 1804, destinado a uma sociedade industrial.

Não poderia ser diferente essa tendência regulatória menos exaustiva e detalhista, porém efetiva, pois o nível de complexidade da atividade econômica, cada vez mais dependente da criatividade dos particulares, coloca em crise os modelos extensos próprios dos códigos civis e consolidações do século XIX.

Portanto, a regulação que no presente é requisitada ao direito assume o caráter finalístico e um sentido prospectivo, pois, para enfrentar a imprevisibilidade das situações a serem reguladas, ao que não se presta ao esquema simples de subsunção de fatos a uma previsão abstrata anterior, precisa-se de normas que determinem objetivos a serem alcançados futuramente, sob as circunstâncias que então se apresentem (GUERRA FILHO, 2007, p. 8).

Mais que isso, a sociedade contemporânea, caracterizada pela complexidade das relações, ante a pluralidade de situações sociais, econômicas, políticas e culturais, especialmente nas relações de trabalho, não pode aguardar a resposta estatal, que normalmente se encontra em descompasso com a dinâmica e as exigências da sociedade pós-moderna.

Nesse caso, a normatização deverá surgir dos próprios agentes sociais interessados (fontes formais autônomas), uma vez que, na complexidade, a resposta dos problemas deverá estar no resultado do confronto dialético entre opiniões antagônicas. Guerra Filho (2007, p. 74), ao analisar a teoria do agir comunicativo, de Habermas, assim expõe:

Diante da complexidade do mundo pós-moderno, as soluções melhores dos problemas que lhe são peculiares hão de surgir do confronto entre opiniões divergentes, desde que se parta de um consenso básico, quanto à possibilidade de se chegar a um entendimento mútuo, para o que não se pode partir de ideias preconcebidas, a serem impostas aos outros.

Disso decorre a ideia de pluralismo jurídico, ou seja, de inserção de normas no sistema jurídico advindas de outros centros de produção, que não estatais, através de diferentes ferramentas.

Não fosse o bastante, as questões concernentes aos problemas envolvendo conflitos sociais sobre interesses coletivos não encontram regulamentação suficiente. Logo, a fórmula negocial aparece como a resposta mais democrática e racional para os

problemas cada vez mais multiformes que as sociedades atuais apresentam, já que essa fórmula implica a solução pelo envolvimento dos sujeitos coletivos interessados em um amplo debate democrático, para fins de assegurar os direitos constitucionalmente previstos. Nesse diapasão, aponta Habermas (2011, p. 19):

A solução passa pela teoria do discurso, que assimila elementos de ambos os lados, integrando-os no conceito de um procedimento ideal para a deliberação e a tomada de decisão. Esse processo democrático estabelece um nexo interno entre considerações pragmáticas, compromissos, discursos de autoentendimento e discursos da justiça, fundamentando a suposição de que é possível chegar a resultados racionais e equitativos.⁵

Essa perspectiva afasta o equívoco de que somente através do legislador seria possível transladar para o direito privado as normas de direitos fundamentais. Dentro da lógica da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, os sujeitos coletivos estariam aptos a travar obrigações recíprocas, tomando como referencial a concretização dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos nos artigos 1º ao 5º, consoante exegese do Supremo Tribunal Federal, muito cristalina no seguinte trecho da ementa do Recurso Extraordinário nº 201.819-8/RJ, julgado em 11 de outubro de 2005, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, ao garantir a reintegração de um sócio excluído do quadro de uma associação sem fins lucrativos, pois ausente o direito à ampla defesa e ao contraditório:

As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

O resultado dessas negociações no âmbito das relações trabalhistas vai cristalizar juridicamente a dinâmica social dos interesses profissionais, fazendo penetrar no círculo da regulamentação do trabalho normas diretamente conformadas pelo jogo das forças que integram aquela dinâmica e, por outro ângulo,

⁵ Habermas (2011) se refere a um âmbito mais amplo, mas o contexto deixa claro que é referida neste artigo de modo especial a negociação coletiva.

ajustadas ao particularismo das profissões, dos ramos da atividade econômica (FERNANDES, 2006, p. 723).

No entanto, esses procedimentos devem ser estruturados de forma a permitir a mais ampla participação dos sujeitos coletivos, com a integração do maior número possível de pontos de vista sobre a questão a ser decidida. Nessa linha de raciocínio, faz-se imprescindível que os atores tenham força representativa suficiente.

É dizer, a liberdade sindical deverá ser exercida, como direito fundamental que é, não só pelo respeito à existência de entidades sindicais ou direito de associação, mas também pelo aspecto dinâmico ou de sua funcionalidade. Esse dinamismo haverá de ser verificado, tendo como agentes as entidades sindicais, que, como interlocutores sociais, agirão na defesa efetiva de seus representados.

A indagação que se faz, entretanto, é se os sindicatos brasileiros apresentam a força representativa necessária para a consecução da negociação coletiva, como instrumento de concretização dos direitos fundamentais consolidados no texto constitucional, e se atendem ao fim último de progresso social.

Toda essa discussão se faz necessária porque a representatividade é corolário da liberdade sindical e condição essencial para o processo de negociação.

Para Massoni (2007, p. 108), “a noção de representatividade sindical, nascida na própria OIT, deixa evidente que seu pressuposto é a existência de um regime de liberdade sindical no qual a representatividade adquire relevância e dimensão jurídica”.

Disso decorre a inevitável crítica ao sistema de sindicalização obrigatória ou de unicidade, pois a atribuição exclusiva de representação frustra as expectativas de uma escolha pelo melhor perfil de atuação e macula completamente a ideia de representatividade, mais afinada com a perspectiva democrática. No entanto, esse é o modelo adotado no Brasil, conforme Almeida (2013, p. 44) denuncia:

A questão da unicidade sindical prevista pelo artigo 8º, inciso II, da Constituição de 1988, significa a vedação da criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica na mesma base territorial, sustentada compulsoriamente pela contribuição sindical prevista pelo artigo 8º, inciso IV, do mesmo texto constitucional, é certamente o grande empecilho para que o nosso sistema ou modelo de organização sindical avance para um pós-corporativismo, isto é, de plena liberdade sindical, à luz da Convenção n. 87 de 1948

da OIT, em especial pelo seu artigo 2º, que, como já visto, prevê o direito de se constituir sindicato de livre escolha.

Aliás, Moraes Filho (1988, p. 1307) assevera que não é uma das funções que cabe ao Estado “impor esta ou aquela forma de organização sindical”, que, ao contrário, deve se manter neutro diante da vontade autônoma dos interessados: trabalhadores, empregadores, profissionais liberais ou autônomos sem vínculo empregatício.

Sem o contexto de pluralidade, portanto, é cerceado o direito do trabalhador de escolher entre as organizações contrapostas, no sentido de buscar aquela que melhor atenda às suas aspirações, reproduzindo-se os mesmos moldes sindicais instituídos no Brasil a partir do governo de Getúlio Vargas, no qual os sindicatos são fortemente ligados ao Estado e carecem de autonomia para o exercício das verdadeiras funções sindicais, pois associadas, na verdade, à vontade estatal.

Mas não é só isso, o modelo brasileiro, além de impor uma única opção sindical, prevê sua sustentação econômica por meio de contribuição sindical compulsória, o que gera uma acomodação dos dirigentes sindicais em relação à base de representados e um descompromisso, bastando ver a qualidade das cláusulas negociadas pelos sindicatos no Brasil, as quais, no geral, constituem mera repetição de textos legais.

Esse sindicalismo monopolista autoritário, com a perpetuação no poder do grupo dominante, fere o princípio da alternância, característico da representação democrática (ALMEIDA, 2013, p. 45), contribuindo para o que se denomina “apatia coletiva”, gerando inquestionável descrença no movimento coletivo, contribuindo para o fortalecimento das ideologias individualistas e simultâneo declínio dos valores igualitários.

Lipovetsky (2007, p. 9) aponta que a era atual do capitalismo se constrói estruturalmente em torno do acionista e do consumidor, de modo que os mercados financeiros e os mercados de consumo já suplantaram em importância o assalariado, os sindicatos e mesmo o Estado. Bauman (2001, p. 90) igualmente assevera que “a sociedade pós-moderna envolve seus membros primariamente em sua condição de consumidores, e não de produtores”, contrastando uma “sociedade de produtores” a uma subsequente “sociedade de consumidores”.

No entanto, é preciso recordar que o advento da sociedade de consumidores não implica certamente a superação do contrato social hobbesiano, tão pouco supõe que as contradições entre o capital e o trabalho foram sepultadas.

É certo que a crise no sindicalismo possui diversas causas, sobretudo em razão da reestruturação produtiva, no contexto da mundialização do capital, que tende a impulsionar as transformações do trabalho industrial e a fragmentar a classe trabalhadora⁶, entretanto, no Brasil, esse fenômeno de fragmentação vai ser mais evidenciado com a participação do Partido dos Trabalhadores no governo, pois fortaleceu uma vinculação inadequada entre sindicatos e Estado Executivo, silenciando os anseios dos trabalhadores quando contrários às políticas econômicas governamentais.

Assim, apesar dos fatores econômicos, sociais, ideológicos e políticos que levam à crise do sindicalismo, não se pode perder de vista que a negociação coletiva tem uma relevante importância no cenário sistêmico e pode ser usada como mecanismo de mudança social, condicionando a estrutura de emprego, a satisfação de necessidades coletivas, a estabilidade social e até, em certa medida, o funcionamento das instituições políticas (FERNANDES, 2006, p. 727).

Todavia, essa negociação só atingirá tal fim se exercida num contexto de liberdade sindical, com agentes dotados de representatividade, fortes o suficiente para promover o debate democrático, aproximando as lideranças das bases, para tentar transpor a atual burocracia das organizações sindicais e recuperar a confiança dos representados.

Faz-se necessário, por isso, que a representação sindical abarque um amplo feixe de reivindicações, a fim de que seus representados tenham a exata noção de que estão sendo efetivamente atendidos em seus interesses. É quando a representatividade adquire a necessária dimensão jurídica de possibilidade de concretização dos direitos sociais.

3 Liberdade sindical, democracia e representatividade

Segundo Massoni (2007, p. 65), “a democracia, como um valor superior que impregna o sistema constitucional em seu conjunto, não permanece encerrada nas fronteiras do Estado, mas penetra nas formações sociais, principalmente nos sindicatos”.

⁶ No final da década de 1970 e a partir dos anos 1980, intensas foram as modificações socioeconômicas relacionadas ao processo de internacionalização da economia mundial. A abertura dos mercados, a importância do capital financeiro, a ampla liberalização do comércio exterior e a desregulamentação da economia deram início ao desenho de uma reestruturação capitalista (MASSONI, 2007, p. 22).

Nesse passo, o conceito substancial de liberdade sindical numa perspectiva democrática leva inequivocamente à ideia de que o trabalhador deve ter o direito à livre escolha entre diversas possibilidades, no sentido de sentir-se efetivamente representado ou, se não houver tal sentimento, o direito de não se filiar a nenhum sindicato.

Nessa linha, já é legítimo afirmar que há um equívoco quando da efetivação do modelo de unicidade sindical, no sentido de que não se pode prever como sindicato legítimo aquele que primeiro se registrou. Ao revés, deverá ser único e legítimo aquele que demonstrou maior representatividade, entre outros critérios objetivos.

Para Campilongo (2011, p. 109), a ideia de democracia está intrinsecamente associada ao direito de escolha:

Democracia pode ser definida, entre outras coisas, apenas para concluir, como a manutenção de uma sempre elevada taxa de complexidade social, de uma sempre elevada taxa de alternativas de escolha; quanto mais amplas as alternativas de escolha, quanto mais abertas as alternativas de escolha, maiores as possibilidades de democracia.

O grupo de trabalhadores não se deixará mover para a participação no processo democrático, enquanto não puder ser convencido de que será efetivamente representado. Ora, esse convencimento dar-se-á a partir da análise de qual sindicato melhor persegue os seus objetivos.

Tal afirmação se dá porque a liberdade sindical não configura um fim em si mesma, mas constitui um instrumento valioso para assegurar, por meio de acordos, convenções e contratos coletivos de trabalho, condições de vida e de trabalho compatíveis com a dignidade humana, indispensáveis a todo regime democrático autêntico (SILVA; FIORAVANTE; MASSONI, 2006).

Da análise dos argumentos lançados é possível já dizer que há impossibilidade de existência dessa representatividade, ou seja, de efetivo exercício da liberdade sindical no modelo sindical hoje existente no Brasil, mesmo após o deslocamento para o Judiciário das lides sobre disputas sindicais. Assim observa Massoni (2013, p. 110):

Ainda subsiste uma dimensão de assujeitamento da coletividade de trabalhadores, heteronomamente determinada, no sentido de poder ou não existir na qualidade de entidade representante e porta-voz dos trabalhadores. Em outras palavras, há ainda uma apropriação estatal (judicial) de um momento particular-

mente importante e que deveria permanecer no campo da autonomia privada coletiva, qual seja, a de delimitar a sua esfera de representação. Ausente tal senso de liberdade, igualmente se exclui a dimensão de responsabilidade por tal procedimento fundador: é como se os dirigentes sindicais litigantes, o grupo representado, a coletividade interessada em criar outra entidade, enfim, todos os afetados, ao perderem sua autonomia fundacional, deixam, de certo modo, de assumir responsabilidade por seus atos, que passam a ser apenas um cumprimento de uma ordem judicial, que lhes é externa e que ainda ostentará o atributo de coisa julgada.

O silêncio diante desse impasse só contribui para a proliferação de sindicatos inexpressivos, como denuncia o Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, João Oreste Dalazen:

É fato objetivo e incontestado que o atual sistema conduziu à criação oficial de milhares de sindicatos: contamos mais de 14.000 sindicatos no País. Com honrosas exceções, a maioria composta de sindicatos de pouca ou nenhuma representação.

Ninguém ousa negar que temos milhares de sindicatos inexpressivos de empregados e de empresas, em larga medida, em virtude do monopólio da representação sindical e da receita fácil da contribuição sindical obrigatória.

[...]

De outro lado, assistimos igualmente a um cenário de crise de representatividade dos trabalhadores e das empresas, que, muitas vezes, não obtêm dos sindicatos os serviços que deles se esperam e, por isso, não se sentem representados (DALAZEN, 2012, p. 20).

Logo, a resposta deve partir do próprio direito, que não é mais um mero legitimador das relações, e sim um instrumento de transformação, no sentido de desenvolver uma nova teoria crítica abordando o real conceito de categoria e as possibilidades de escolha pelo critério da representatividade.

Nesse caso, não se discutiria a questão da unicidade, que tem previsão expressa no texto constitucional, mas a conquista do privilégio de ser um único sindicato a representar a categoria e se beneficiar da contribuição sindical obrigatória. Logo, para se alçar à condição de sindicato único, deverá demonstrar, a partir de critérios objetivos e maior representatividade, sua capacidade legítima de representação.

Massoni (2013), por sua vez, defende uma reflexão sobre o conceito de categoria como a chave analítica de uma possível interpretação progressista e mais democrática para o modelo de

relações coletivas de trabalho no Brasil, visando frear a criação de sindicatos inexpressivos e muitas vezes cooptados em prejuízo da classe trabalhadora.

Tais perspectivas apresentam-se como uma possível saída no sentido de resgatar a fundamentalidade material do direito de liberdade sindical, dando sentido ao princípio da unicidade sindical no âmbito de um Estado Democrático de Direito.

4 Resgate da fundamentalidade material do direito de liberdade sindical

Na lição de Sarlet (2012, p. 74), intrínseca à noção de direitos fundamentais está a característica da fundamentalidade, que, segundo doutrina de Alexy, “aponta para a especial dignidade e proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material”.

A fundamentalidade formal decorre da circunstância de que o direito possui previsão expressa no texto constitucional, com submissão aos limites formais, enquanto cláusula pétrea. A fundamentalidade material, por sua vez, advém do fato de serem os direitos fundamentais parte constitutiva da Constituição material, cuja verificação de essência material só se dará a partir da análise de seu conteúdo. É dizer, da análise da natureza dos interesses e necessidades tutelados e, sobretudo, pela relevância daquele bem jurídico na perspectiva das opções do Constituinte (SARLET, 2012).

Convém lembrar que o Constituinte de 1988 optou pela fórmula “Estado Democrático de Direito”, insculpida no *caput* do artigo primeiro, o que vincula toda e qualquer compreensão, demandando uma necessária reinterpretação de institutos antes impregnados por uma ideologia corporativa do modelo anterior.

A percepção do direito de liberdade sindical exposta apenas nos limites da unicidade sindical desprende-se da fundamentalidade material pretendida pelo legislador constituinte, que incorporou tal direito num sistema condicionado ao paradigma da democracia.

Então, para compreender a unicidade sindical sob o paradigma da democracia, faz-se necessário, primeiro, admiti-la como uma legalidade constitucional e, a partir disso, buscar condições interpretativas capazes de garantir uma resposta constitucionalmente adequada à suposta contradição entre *unicidade sindical* e *regime democrático*.

Isso só será possível a partir da compreensão da unicidade como o resultado final da disputa democrática daqueles sindic-

tos aspirantes a únicos representantes de determinada categoria, numa concorrência norteadas por critérios objetivos e lógicos, a exemplo da representatividade.

Ora, uma Constituição que traz promessas de modernidade deve ter em sua interpretação condições de real implementação de institutos essenciais à democracia, a exemplo do direito fundamental de liberdade sindical.

Consoante Streck (2012, p. 88), “a Constituição aponta as linhas de atuação para a política, estabelecendo as condições para a mudança da sociedade pelo direito (nesse sentido, o núcleo político essencial da Constituição que aponta para a construção de um Estado Social)”.

E não há nenhum problema em admitir a solução da questão através do direito e no âmbito da jurisdição constitucional, uma vez que tal percurso faz parte da lógica do direito no atual momento histórico, como leciona Streck (2012, p. 67):

É preciso compreender que o direito – neste momento histórico – não é mais um ordenador, como na fase liberal; tampouco é (apenas) promovedor, como era na fase do *welfare state* (que nem sequer ocorreu no Brasil); na verdade, o direito, na era do Estado Democrático de Direito, é um *plus* normativo em relação às fases anteriores, porque agora é transformador da realidade. E é exatamente por isso que aumenta sensivelmente o polo de tensão em direção da grande invenção contramajoritária: a jurisdição constitucional, que, no Estado Democrático de Direito, vai se transformar na garantidora dos direitos fundamentais-sociais e da própria democracia.

Logo, para que sejam cumpridas as novas funções da negociação coletiva, faz-se imprescindível, nos processos de disputa entre sindicatos, analisar a representatividade como fator preponderante para determinação do sindicato único, com fundamentação na existência da solidariedade de interesses, ação sindical eficiente e consistência associativa, a partir de critérios tomados por analogia, a exemplo do número de filiados, sem prejuízo de outros mais eficazes previstos em ordenamentos jurídicos diversos.

Conclusão

Não se deve ignorar o contexto da nova sociedade e da economia baseadas na informação para construir um direito positivo com maior autonomia para a criatividade dos particulares e para promover o desenvolvimento, de acordo com o artigo 1º,

inciso IV, segunda parte, da Constituição Federal, o que se coaduna com a busca por uma sociedade livre, justa e igualitária, objetivos fundamentais promulgados no próprio texto constitucional (artigo 3º, inciso I).

A negociação coletiva, no cenário atual, exerce um importante papel na regulação das relações trabalhistas, uma vez que as questões concernentes aos problemas envolvendo conflitos sociais sobre interesses coletivos não encontram regulamentação suficiente.

A fórmula negocial aparece como aquela mais democrática e racional de se dar conta dos problemas cada vez mais multiformes que as sociedades atuais apresentam, já que essa fórmula implica a solução pelo envolvimento dos sujeitos coletivos interessados em um debate dialético, para fins de assegurar os direitos fundamentais constitucionalmente previstos.

Essa perspectiva afasta o equívoco de que somente através do legislador seria possível transladar para o direito privado as normas de direitos fundamentais. Dentro da lógica da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, os sujeitos coletivos estariam aptos a travar obrigações recíprocas.

No entanto, esses procedimentos devem ser estruturados de forma a permitir a mais ampla participação dos sujeitos coletivos, com a integração do maior número possível de pontos de vista sobre a questão a ser decidida. Nessa linha de raciocínio, faz-se imprescindível que os atores tenham força representativa suficiente e estejam sintonizados com os anseios de seus representados.

Disso decorre a inevitável crítica ao sistema de unicidade, pois a atribuição exclusiva de representação frustra as expectativas de uma escolha pelo melhor perfil de atuação e macula completamente a ideia de representatividade em um Estado Democrático de Direito.

Para ultrapassar o óbice do princípio da unicidade sindical, no sentido de resgatar a fundamentalidade material do direito de liberdade sindical numa dimensão democrática, envolvendo, portanto, a noção de escolha entre atuações contrapostas, defende-se o critério da representatividade para fins de determinação do sindicato único.

A partir dessa lógica de raciocínio, nas lides envolvendo disputas sindicais, deverá o debate processual partir de um exame acerca da existência da solidariedade de interesses, ação sindical eficiente e consistência associativa, no sentido de encetar uma nova mentalidade sobre liberdade sindical, mais coerente com o texto constitucional e o Estado democrático, libertando-se das

amarras infraconstitucionais, que apenas servem para a perpetuação de um modelo anacrônico. Só assim parece possível conceber-se a existência de um sindicato único, que é o modelo atual, coerente com o sistema democrático.

Nesse passo, o modelo da unicidade sindical deve ser compreendido sob o paradigma da democracia. Se é certo que a constituição dispõe ser expressamente esse o modelo possível, então, torna-se imprescindível efetivar esse modelo à luz dos princípios constitucionais democráticos, numa hermenêutica capaz de garantir uma resposta constitucionalmente adequada à suposta contradição entre *unicidade sindical* e *regime democrático*.

Essa aparente contradição será afastada a partir do entendimento da unicidade como o resultado final da disputa democrática daqueles sindicatos aspirantes a únicos representantes de determinada categoria, numa concorrência norteadas por critérios objetivos e lógicos, a exemplo da representatividade. É dizer, será único aquele sindicato que comprovar o atendimento de tais requisitos de legitimidade, estando apto, destarte, a atuar em nome dos seus associados.

Em suma, somente a partir da competição entre os sindicatos, tendo como um dos critérios a representatividade, será possível entender o sindicato único como uma instituição a serviço da consolidação democrática nas relações coletivas.

Referências

- ALMEIDA, Renato Rua de. O modelo brasileiro é corporativista, pós-corporativista ou semicorporativista. **Revista do Tribunal do Trabalho da 15ª Região**, São Paulo, n. 42, p. 41-59, jan./jun. 2013.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BRASIL. **Constituição**: República Federativa do Brasil, 1988. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CUEVA, Mário de La. El trabajador público y los convenios colectivos. **Derecho laboral**, Montevideo, n. 143, p. 23-66, jul./set. 1986.
- DALAZEN, João Oreste. Pronunciamento do Exmo. Sr. Presidente do Tribunal Superior do Trabalho e do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, Ministro João Oreste Dalazen, por ocasião da abertura do Seminário Liberdade Sindical e os Novos Rumos do Sindicalismo. **Rev. TST**, Brasília, v. 78, n. 2, p. 17-23, abr./jun. 2012. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/31427/001_dalazen.pdf?sequence=1>. Acesso em: 26 set. 2013.

FERNANDES, Ant3nio Monteiro. **Direito do trabalho**. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da Constitui33o**. 3. ed. S3o Paulo: RCS Editora, 2007.

HABERMAS, J3rgen Habermas. **Di-reito e democracia entre facti-cidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011. v. 1.

LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. S3o Paulo: Companhia das Letras, 2007.

MASSONI, T3lio de Oliveira. **Representatividade sindical**. S3o Paulo: LTr, 2007.

_____. **O modelo sindical brasileiro 3e infenso a crit3rios de representatividade?** Dispon3vel em: <<http://www.amaurimascaro.nascimento.com.br>>. Acesso em: 7 set. 2013.

MORAES FILHO, Evaristo de. A organiza33o sindical perante o Estado. **LTr Revista Legisla33o do Trabalho**, S3o Paulo, v. 52, n. 11, p. 5-23, nov. 1988.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **A efic3cia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Walk3re Lopes Ribeiro da; FIORAVANTE, Tamira Maira; MASSONI, T3lio de Oliveira. Liberdade sindical e direitos humanos. **Revista do Minist3rio P3bli-co**. REV. MPT, Bras3lia, v. 16, n. 31, p. 47-66, mar. 2006.

STRECK, L3nio Luiz. **Verdade e consenso**. Constitui33o, hermen3utica e teorias discursivas. 4. ed. S3o Paulo: Saraiva, 2012.

SUPIOT, Alain. **Homo Juridicus**. Ensaio sobre a fun33o antropol3gica do Direito. Tradu33o de Maria Ermantina de Almeida Prado Galv3o. S3o Paulo: Martins Fontes, 2007.

URIARTE, Oscar Ermida. **A flexibilidade**. Trad. Edilson Alkimin Cunha. S3o Paulo: LTr, 2002.

O rito sumaríssimo no processo do trabalho: a celeridade e a questão do duplo grau de jurisdição¹

Alynne Cristine Rocha Calado

Advogada da CAIXA em Alagoas

*Especialização em Direito do Trabalho e Direito
Processual do Trabalho
Pós Graduação Lato Sensu pela Escola Superior da
Magistratura do Trabalho
da 19ª Região – EMATRA XIX*

RESUMO

Trata-se de um exame sobre os ritos processuais comuns do processo trabalhista, com foco nos instrumentos utilizados para conferir maior celeridade a esse ramo do direito, mormente em duas de suas modalidades: procedimentos sumário e sumaríssimo. A importância do estudo é no sentido de que o exame do Direito Processual do Trabalho é de interesse da sociedade, especialmente suas características intrínsecas e particulares, que implicam a forma como se dará o acesso ao Judiciário para efetivação de direitos elementares. Visando a uma melhor compreensão desse ramo do Direito, realizou-se uma pesquisa bibliográfica e documental, com análise conjunta da doutrina e jurisprudência pátria. O resultado do trabalho indica uma tendência ao não reconhecimento de ofensa ao duplo grau de jurisdição em relação às limitadas possibilidades recursais no âmbito do rito sumaríssimo no processo do trabalho brasileiro, sendo tais limitações respaldadas em princípios que regem tal procedimento, com ênfase no princípio da celeridade.

Palavras-chave: Direito Processual do Trabalho. Procedimento Sumaríssimo. Duplo Grau de Jurisdição. Princípio da Celeridade.

¹ Trabalho baseado em Trabalho de Conclusão de Curso, de mesmo título, apresentado no Curso de Especialização em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho – Pós Graduação *Lato Sensu* – da Escola Superior da Magistratura do Trabalho da 19ª Região – EMATRA XIX, aprovado em 16/02/2016, sob orientação do Prof. Esp. Luiz Jackson de Miranda Júnior, como requisito para obtenção do grau de especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho.

ABSTRACT

This is an examination of the common procedural rites of the labor process with focus on instruments used to making this branch of procedural law faster, especially in two of their modalities: summary and accelerated proceeding. The importance of the study is in the sense that examination of the Law of Labor Procedure is in society's interest, especially its intrinsic and specific characteristics that imply in the way how it will the access to the courts for search realization of basic rights. In order to understanding this area of Procedural Law was held a bibliographical and documentary research, with combined analysis of brazilian doctrine and jurisprudence. The result of the work indicates a tendency to non-recognize insult to double jurisdiction with respect to the limited possibilities of appellate cases under the accelerated proceeding in the process labor of Brazil, and these limitations are based on principles governing this procedure, with emphasis on the principle of celerity.

Keywords: Procedural Labor Law. Accelerated Proceeding. Second Tier of Judicial. Principle of Celerity.

Introdução

O presente estudo consiste em um exame acerca dos ritos processuais comuns no processo trabalhista brasileiro, com foco nos procedimentos sumário e sumaríssimo, que se apresentam como instrumentos que visam conferir maior celeridade a esse ramo do direito processual.

Ademais, utilizou-se de pesquisa bibliográfica e documental acerca das matérias que compreendem o tema. Nesse sentido, foram analisados aspectos doutrinários, bem como julgados originários do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e do Supremo Tribunal Federal (STF).

O assunto desperta interesse na medida em que, quando precisamos recorrer ao Judiciário, logo pensamos em como o indesejável e combatido aspecto da morosidade reflete negativamente na vida dos jurisdicionados, qualquer que seja o objeto da lide. Nesse sentido, no âmbito do Poder Judiciário Trabalhista, que cuida de verbas alimentares imprescindíveis à subsistência do trabalhador e de sua família, com maior razão os efeitos da demora no trâmite processual e da efetiva entrega da prestação jurisdicional são ainda mais nefastos, o que traz certa descrença por parte dos jurisdicionados em relação à agilidade da prestação jurisdicional e sua real capacidade de entregar a cada um o que é seu em tempo razoável.

Podemos afirmar que a morosidade por si só desestimula o necessitado, traz-lhe ainda mais desesperança, gera indelével descrédito no Poder Judiciário e estimula a inadimplência do empregador recalcitrante, que muitas vezes conta com a demora na efetividade da justiça em seu inconfessável benefício.

Com o objetivo de entregar ao trabalhador, que precisa socorrer-se do Poder Judiciário para a percepção das verbas de caráter alimentar e, por isso mesmo, imprescindíveis à subsistência, é que o legislador envida esforços para criar ritos de concentrada marcha ligeira, objetivando abreviar o tempo de tramitação da demanda laboral, entregando a prestação jurisdicional de forma rápida e efetiva, características indissociavelmente inerentes ao processo justo, locução há muito festejada e abraçada, inclusive, pelo novel Código de Processo Civil de 16 de março de 2015.

Assim, não obstante a Justiça trabalhista, importantíssimo ramo da Justiça brasileira, tenha como base ideal as características da celeridade e da simplicidade, o procedimento sumário e o procedimento sumaríssimo foram idealizados, com as melhores das intenções, como formas de se amenizar os principais entraves enfrentados pela justiça laboral, que, não obstante a evolução social, ou quiçá até mesmo pela falta dela, desafia demanda crescente sem perspectiva real de decréscimo nesse sentido.

O objetivo geral deste trabalho é analisar os procedimentos no processo trabalhista brasileiro, enfrentando a questão da aparente restrição ao Duplo Grau de Jurisdição, com ênfase às peculiaridades inerentes ao Rito Sumaríssimo e à questão da constitucionalidade da limitação das matérias passíveis de recurso imposta a tal procedimento. Para tanto, este estudo encontra-se dividido em três seções, conforme abaixo exposto.

Na primeira seção, discorreremos de forma sucinta sobre a gênese do Direito Processual do Trabalho através da evolução fática e legislativa no Brasil. Elencamos os mais característicos princípios norteadores do Direito Processual Trabalhista e traçamos os aspectos gerais dos procedimentos comuns que lhe são ínsitos.

Em seguida, apresentamos o Procedimento Sumaríssimo no Processo do Trabalho brasileiro, suas principais características e os recursos a ele inerentes.

Por fim, na última seção, encara-se a questão da aparente restrição ao Duplo Grau de Jurisdição no procedimento sumaríssimo, dando ênfase às questões das peculiaridades inerentes ao Rito Sumaríssimo e da constitucionalidade da limitação das matérias passíveis de recurso imposta a tal procedimento, com apresentação do posicionamento jurisprudencial a esse respeito.

1 Direito processual do trabalho

A princípio, o Direito Processual do Trabalho será abordado em seus aspectos gerais, inclusive com sua evolução histórica no Brasil, sua conceituação e apresentação de alguns princípios que lhe são próprios, dando-se ênfase aos procedimentos a ele inerentes.

Tais aspectos são de suma importância para se apresentar o Direito Processual do Trabalho, diferenciá-lo do Direito Processual Comum e demarcar as peculiaridades que permitirão uma análise pormenorizada da fase recursal no rito sumaríssimo, objeto principal do presente estudo.

Isso se mostra necessário porque o Direito Processual do Trabalho no Brasil apresenta avanços consideráveis em sua evolução histórica, e a prova disso é a criação e aperfeiçoamento dos procedimentos que serão aqui apresentados.

1.1 Evolução histórica no Brasil

Podemos afirmar que o Direito Processual do Trabalho é o instrumento de realização e aplicabilidade judicial do Direito do Trabalho normatizado. Desta feita, só podemos conceber o Direito Processual do Trabalho como consectário lógico do Direito Trabalhista, de forma que o segundo só e somente só encontra razão de ser no primeiro, considerando-se, para tanto, toda a sua evolução histórica.

Com a Revolução Industrial surgiram os conflitos de interesses entre as duas forças que ocupavam polos diametralmente opostos: proprietários das fábricas e trabalhadores operários. O Estado Liberal não se envolvia para mediar essas relações e os trabalhadores operários lutavam com as armas das quais dispunham, ou seja, paralisavam a produção como mecanismo de autodefesa, o que muitas vezes culminava com atos extremistas de danos ao patrimônio dos proprietários das fábricas e não raro aos próprios trabalhadores. Neste sentido, interessante lição de Leite (2015, p. 211-212) aduz que:

Esse clima hostil levou o Estado, primeiramente, a normatizar as relações de direito material e, em seguida, “buscar fórmulas de solução ordenada dos interesses em choque, deslocando-se do campo primitivo da autodefesa para o mais moderado da autocomposição”, nascendo, assim, as primeiras *normas de conciliação*, que propiciaram a utilização de uma técnica de solução dos conflitos por meio da negociação direta entre os atores sociais.

Por não constituir o objeto do presente estudo, serão aqui apresentados resumidamente os fatos mais relevantes na história do Processo do Trabalho no Brasil.²

Em 1943 entrou em vigor a Consolidação das Leis do Trabalho, que dedicou dois títulos à organização judiciária (Título VIII – Da Justiça do Trabalho – e Título IX – Do Ministério Público do Trabalho) e, também, conta com um terceiro dedicado ao processo do trabalho (Título X – Do Processo Judiciário do Trabalho). Ainda, por meio do Decreto-lei nº 9.797, de 9 de setembro de 1946, foram conferidas aos juízes do trabalho nomeados pelo Presidente da República as garantias semelhantes às de magistratura ordinária, organizando-se a carreira, com ingresso mediante concurso público de provas e títulos, sendo as promoções realizadas de acordo com os critérios de antiguidade e merecimento (GARCIA, 2014).

Enfim, com o advento da Constituição de 1946, a Justiça do Trabalho passa a ser considerada como órgão do Poder Judiciário. Constituída de Juntas de Conciliação e Julgamento, Tribunais Regionais do Trabalho (substituindo os Conselhos Regionais do Trabalho) e o Tribunal Superior do Trabalho (antigo Conselho Nacional do Trabalho), essa organização foi elevada ao plano constitucional, e aos juízes trabalhistas foram constitucionalmente asseguradas as garantias previstas aos magistrados, tais como a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de vencimentos. Foi mantida a estrutura paritária dos seus órgãos, que passaram a ser Juntas ou juízes de Conciliação e Julgamento, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunal Superior do Trabalho (GARCIA, 2014).

No Brasil, a CF de 1967, a Emenda de 1969 e a CF de 1988 mantiveram a organização da Justiça do Trabalho em três níveis: as Varas do Trabalho, anteriormente denominadas Juntas de Conciliação e Julgamento e atualmente órgãos monocráticos integrados pelo juiz do trabalho; os Tribunais Regionais do Trabalho, que tinham composição também paritária e na atualidade são compostos apenas por desembargadores e/ou juízes auxiliares togados; e o Tribunal Superior do Trabalho, competente para os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores e, mediante lei ordinária, outras controvérsias oriundas de relações de trabalho (GARCIA, 2014).

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, elenca os “Tribunais e Juízes do Trabalho” como órgãos do Po-

² Para um estudo mais aprofundado da evolução do Direito Processual do Trabalho no Brasil, ver Garcia (2014), Leite (2015), Nascimento (2013) e Saraiva e Manfredini (2014).

der Judiciário (art. 92, inciso IV), tal como disposto na Seção V, do Capítulo III (Do Poder Judiciário), do Título IV (Da Organização dos Poderes), da Constituição Federal de 1988 (GARCIA, 2014).

Emenda Constitucional 45/2004 ampliou fortemente a competência da Justiça Trabalhista para julgar processos sobre multas aplicadas pela fiscalização trabalhista, processos nos quais sindicatos disputam a sua representatividade, processos entre representados e suas entidades sindicais e processos sobre relações de trabalho e não apenas sobre relações de emprego. Além disso:

[...] passou a prever a instalação, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, da “justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções de atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários” (art. 115, § 1º, da CRFB/1988). Além disso, possibilitou que os Tribunais Regionais do Trabalho funcionem “descentralizada mente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo” (art. 115, § 2º, da CRFB/1988) (GARCIA, 2014, p. 35).

Na fase atual, denominada contemporânea por Leite (2015), delinea-se inegável problema político, econômico, social e jurídico consistente na multiplicação dos conflitos trabalhistas, o que gera o que o supracitado autor chama de “hipertrofia da Justiça do Trabalho”. Nessa fase, o direito processual do trabalho passa a ser o centro da atenção dos atores do cenário legislativo e judicial, em face da ausência da celeridade dos processos trabalhistas, que inegavelmente compromete a efetividade dos direitos sociais garantidos aos trabalhadores.

É na fase contemporânea que se verifica a necessidade de se difundir uma nova cultura entre todos os operadores do direito processual do trabalho, difundindo-se a ideia de que o processo deve propiciar a concretização dos direitos humanos de segunda dimensão, quais sejam, os direitos sociais dos trabalhadores (LEITE, 2015).

Ainda na lição de Leite (2015, p. 218):

Deve-se dar ênfase à nova jurisdição trabalhista metaindividual, como meio de se alargar o acesso coletivo dos trabalhadores não apenas ao aparelho judiciário, mas, sobretudo, a uma ordem justa. Deve-se também buscar nas reformas por que passa o direito processual civil e, de lá, importar novos institutos com-

patíveis com a gênese principiológica do processo laboral para propiciar a efetividade da prestação jurisdicional trabalhista.

Ultrapassada a síntese histórica da evolução do Direito Processual no Brasil e no mundo, impõe diferenciá-lo dos demais ramos do Direito, e, em especial, do Direito Processual Comum. É o que se passa a fazer a partir de agora.

1.2 Conceito de Direito Processual do Trabalho

O processo não possui finalidade isolada. Existe como razão de viabilizar de forma organizada o debate, a dinâmica e marcha procedimental com o escopo de se atingir um objetivo certo e determinado.

Nesse sentido, para Leite (2015, p. 169), não se deve confundir conceito e definição de um instituto, vez que “[...] *conceito* é palavra que tem conteúdo genérico; *definição* é a delimitação desse conteúdo pela enumeração dos seus elementos”.

Prossegue o doutrinador conceituando o direito processual do trabalho brasileiro, à luz da CF/1988 e da EC nº 45/2004, da seguinte forma:

[...] ramo da ciência jurídica, constituído por um sistema de valores, princípios, regras e instituições próprias, que tem por objeto promover a concretização dos direitos sociais fundamentais individuais, coletivos e difusos dos trabalhadores e a pacificação justa dos conflitos decorrentes direta ou indiretamente das relações de emprego e de trabalho, bem como regular o funcionamento dos órgãos que compõem a Justiça do Trabalho. (LEITE, 2015, p. 169).

Ou seja, para o referido doutrinador, o que diferencia o direito processual do trabalho do direito processual penal e civil é a existência de elementos que lhe são próprios (normas, princípios, regras e instituições) (LEITE, 2015). No mesmo diapasão, ver Garcia (2014, p. 33).

1.3 Princípios do Direito Processual do Trabalho

Princípio é o fundamento, é o pilar, é o ponto de partida de um instituto de maneira a identificar sua ideia basal, ideia esta sobre a qual será construída toda a sua lógica e compreensão.

De fato, há intensa discussão a respeito da existência ou não de princípios específicos de Direito Processual do Trabalho. Há entendimento de que o processo do trabalho não possui princí-

pios próprios, incidindo os mesmos do Direito Processual Civil. Outra corrente aponta a existência de princípios inerentes ao Direito Processual do Trabalho, confirmando a autonomia científica deste.

É certo, porém, que ao Direito Processual do Trabalho aplicam-se os princípios constitucionais e os princípios gerais do direito processual, tais como os Princípios Constitucionais Fundamentais da Igualdade ou Isonomia, da Inafastabilidade da Jurisdição, do Contraditório, da Ampla Defesa, da Imparcialidade do Juiz, da Motivação das Decisões, do Devido Processo Legal, do Juiz Natural, do Promotor Natural, da Razoabilidade da Duração Razoável do Processo, da Cooperação ou da Colaboração, do Ativismo Judicial. Da mesma forma, se aplicam ao processo trabalhista os princípios do direito processual civil, que são Dispositivo ou da Demanda, Inquisitivo ou do Impulso Oficial, da Instrumentalidade, da Impugnação Específica, da Estabilidade da Lide, da Eventualidade, da Preclusão, da Economia Processual, da *Perpetuatio Jurisdictionis*, do Ônus da Prova, da Oralidade, da Imediatidade ou da Imediação, da Identidade Física do Juiz, da Concentração, da Irrecorribilidade Imediata das Decisões Interlocutórias e da Lealdade Processual (LEITE, 2015).

Ao lado dos Princípios acima elencados, existem ainda os Princípios inerentes ao Direito Processual do Trabalho, porquanto delineados em observância às peculiaridades desse ramo do Direito, os quais serão mais bem apresentados a seguir, detendo-se àqueles que apresentam maior relevância para o estudo em tela:

a) Princípio da Proteção Processual - Através deste importante Princípio, com fundamento no Princípio Constitucional da Isonomia, busca-se o equilíbrio tentando compensar a desigualdade existente na realidade socioeconômica entre o detentor do capital, o empregador, e o executor da força laboral, o empregado. Para Garcia (2014, p. 72), “[...] o princípio de proteção significa a presença, principalmente na legislação, de previsões que procuram conferir tratamento mais favorável à parte mais vulnerável da relação processual, ou seja, ao empregado”.

Para Saraiva e Manfredini (2014, p. 53), através desse princípio “[...] o caráter tutelar, protecionista, tão evidenciado no direito material do trabalho, também é aplicável no âmbito do processo do trabalho, o qual é permeado de normas, que, em verdade, objetivam proteger o trabalhador, parte hipossuficiente da relação jurídica laboral.”.

b) Princípio da Finalidade ou Efetividade Social do Processo - Como o processo não é um fim em si mesmo e existe para a realização do direito material, o art. 769 da CLT determina

que serão válidos os atos que, embora realizados de outra forma, alcançarem a sua finalidade, desde que a lei não preveja a sua nulidade.

Nesse diapasão, por ser inegável o relevante interesse social envolvido na satisfação do crédito do trabalhador, a doutrina já trata da existência da função social do processo trabalhista de forma que o magistrado trabalhista deve conduzir o processo num trâmite ágil, justo e confiável, assegurando-se às partes igualdades de oportunidades, para que os atos processuais sejam praticados de forma razoável e previsível, garantindo-se a efetividade do processo sem olvidar a dignidade humana, característica indissociavelmente conferida aos litigantes.

c) Princípio da Celeridade - Embora figure como ideal comum a todos os ramos do direito processual, sua importância alcança ainda maior relevo no processo do trabalho, uma vez que, em regra, os créditos trabalhistas nele veiculados têm natureza alimentícia.

O art. 5º, inc. LVIII da CF, pautado no Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), enfatiza o princípio da celeridade processual ou da razoável duração do processo para a realização do processo justo (PEREIRA, 2013).

1.4 Procedimentos comuns no Direito Processual do Trabalho

Se é verdade que o processo é instrumento de realização do direito material, não é menos verdade que o procedimento é a formalidade exteriorizada do ato processual. O procedimento é forma exterior da qual se reveste o próprio processo. Através do procedimento, as previsões processuais ganham forma e corpo num ritmo processual sequenciado, consubstanciado no conjunto dos atos processuais coordenados que se sucedem no tempo.

Para Garcia (2014), em se tratando de processo de conhecimento, os procedimentos podem ser classificados, primeiramente, em comuns e especiais, sendo que os procedimentos comuns se subdividem em procedimento ordinário, sumaríssimo e sumário.

Autores como Nascimento (2013, p. 650) tendem a não mais considerar a utilização do rito Sumário e afirmam que:

As ações ajuizadas na Justiça do Trabalho tramitarão pelo rito ordinário ou sumaríssimo, conforme previsto na CLT, excepcionando-se apenas as que, por disciplina legal expressa, estejam sujeitas a rito especial, tais como o mandado de segurança, o habeas corpus,

o habeas data, a ação rescisória, a ação cautelar e a ação de consignação em pagamento.

Porém, para a elaboração deste trabalho, ainda consideramos a existência e possibilidade de utilização do Procedimento Sumário.

1.4.1 Procedimentos comuns

1.4.1.1 Ordinário

O procedimento ordinário é aplicado subsidiariamente quando não incidem no caso os outros tipos de procedimento, isto é, o sumário (para a corrente que ainda defende sua aplicação), o sumaríssimo ou o especial. Tem previsão legal do art. 837 ao art. 852 da CLT e, conforme Leite (2015), o rito ordinário é o mais utilizado no processo trabalhista, mas não apresenta, na previsão legislativa, o rigor metodológico que é desejável. De acordo com o supracitado doutrinador, pode-se dizer que até a década de 1970 o procedimento ordinário era o único no processo do trabalho brasileiro, tendo como marca registrada a concentração dos atos processuais em um único procedimento.

Prosseguindo sua explanação, afirma o autor que, no que concerne à realização de audiência no rito ordinário, a legislação é clara ao dispor que os atos processuais, nas ações individuais trabalhistas, serão realizados em audiência contínua. É o que se depreende do disposto nos arts. 843 a 852 da CLT. Dessa forma, em tese, desde a oitiva das testemunhas das partes até a decisão devem ocorrer durante a audiência, ressalvados os casos em que a lei prevê expressamente a possibilidade de interrupção e continuidade da audiência em data posterior (*vide* art. 849 da CLT), embora seja de se destacar que, nesse caso específico, não se considera que a audiência perde seu caráter de unicidade, mas apenas ocorre uma quebra e continuidade da mesma audiência, que continuaria, pois, sendo uma.

No entanto, a prática trabalhista fez surgir o costume de divisão da audiência em três partes, conforme assevera Leite (2015, p. 657), quais sejam: “[...] a) Audiência inaugural de conciliação; b) Audiência de instrução e; c) Audiência de julgamento”.

Tal prática, a nosso ver, pode caracterizar uma mitigação do Princípio da Celeridade, um dos princípios basilares do Direito Processual Trabalhista, vez que se tem a necessidade de realização de múltiplas audiências, em datas distintas, o que pode comprometer a celeridade do trâmite processual. Por outro lado, pode-

se evitar, por exemplo, que a possibilidade de descontinuidade da audiência, conforme explanado alhures, ocasione a violação do Princípio da Proteção, a título de exemplo, situação hipotética em que iniciada a oitiva das testemunhas a audiência precise ser interrompida para posterior continuidade, nesse caso a parte reclamada poderia, enquanto parte que figura em posição economicamente superior ao trabalhador, em posse das informações das testemunhas que já prestaram suas declarações ou das demais provas já produzidas, rever outros depoimentos ou provas para diminuir ou mesmo anular as informações ali prestadas.

1.4.1.2 Sumário

O rito sumário, conhecido também como rito de alçada, está disciplinado pela Lei nº 5.584/70 e à obviedade também foi criado com o objeto de imprimir maior celeridade processual e efetividade da jurisdição trabalhista para as causas cujo valor não exceda dois salários mínimos na data do ajuizamento da ação, simplificando o procedimento, com a dispensa do resumo dos depoimentos, eliminando-se a via recursal, mas admitido os embargos de declaração, se presentes as hipóteses do art. 897-A da CLT (SCHIAVI, 2013).

Há quem defenda que o rito sumário é mais célere que o sumaríssimo porque a ata de audiência é mais simplificada, dispensando-se o resumo dos depoimentos, devendo constar do termo a conclusão quanto à matéria fática discutida. Também merece destaque o fato de que só existe a possibilidade de recurso se houver questão constitucional a ser dirimida e, neste caso, será cabível apenas o recurso extraordinário, previsto no art. 102 da CF/1988 (SCHIAVI, 2013).

Nesse sentido, muito se questionou sobre a constitucionalidade do rito sumário ao prever decisão única, praticamente irrecorrível, salvo em caso de violação à Constituição Federal.

Como anteriormente se adiantou, vozes da doutrina tendem a considerar que o rito sumário está em desuso no Processo do Trabalho, pois dificilmente uma reclamação trabalhista atinge apenas o valor de até dois salários mínimos e, ainda, quando tal acontece a tendência é a adoção prática do rito sumaríssimo, salvo impeditivo legal em razão da pessoa³ (SCHIAVI, 2013).

³ Processos em que sejam parte entes da Administração Pública direta, autárquica ou fundacional, nos termos do art. 852-A da CLT, o qual se de um lado prevê maior leque recursal, o que de fato poderia incrementar mais tempo e custo na marcha processual até a satisfação do direito, por outro lado atende aos reclamos daqueles que doutrinariamente defendem a ampla defesa e o duplo grau de jurisdição mínimo (LEITE, 2015).

Para a parte da doutrina que defende o posicionamento acima, difunde-se o entendimento de que a Lei 9.957/2000 absorveu o procedimento sumário, instituído pela Lei 5.584/1970, e tal conclusão se dá pela própria leitura do art. 852-A da CLT, que parece claro ao determinar que entre as causas de até 40 salários mínimos também estão as demandas que não ultrapassem dois salários mínimos, e, nesta linha de pensamento, o antigo dissídio de alçada do rito sumário para as causas de até 2 (dois) salários mínimos, após a edição da Lei 9.957/2000, também deve seguir o rito sumaríssimo, com pedidos líquidos e certos, sendo possível, inclusive, após proferida a sentença, a interposição de recurso ordinário, mesmo que não envolva matéria constitucional, adstrito o leque recursal apenas àquelas restrições impostas ao rito sumaríssimo (SARAIVA; MANFREDINI, 2014).

Fato é que ainda se discute na doutrina se a Lei 9.957/2000, a qual disciplinou o procedimento sumaríssimo, haveria revogado o procedimento sumário instituído pela Lei 5.584/1970. Apesar de abalizadas opiniões em sentido oposto e da real tendência ao desuso do rito de alçada, ainda tem prevalecido o entendimento de Wagner Giglio, Sérgio Pinto Martins, Carlos Henrique Bezerra Leite, entre outros, no sentido de que permanece em vigor o procedimento sumário, porque não haveria incompatibilidade entre as leis 5.584/70 e 9.957/2000 que faça afirmar que o rito de alçada tenha sido revogado com a criação do rito sumaríssimo, subsistindo ao lado deste último, que, à míngua da nomenclatura superlativa, seria até menos breve que o primeiro, como se pode perceber.

Esse é o posicionamento que adotamos neste trabalho, tendo em vista que, apesar dos argumentos quanto à revogação tácita do dispositivo que trata do rito sumário – seja por meio da absorção pelo procedimento sumaríssimo ou pela rara ocorrência de reclamações trabalhistas com valor de alçada de até dois salários mínimos –, entendemos que, mesmo em desuso, o procedimento em tela se amolda aos princípios fundamentais do processo trabalhista, quais sejam, Proteção ao Trabalhador e Celeridade, e não se mostra incompatível com os demais ritos processuais.

1.4.1.3 Sumaríssimo

Por constituir o objeto do presente estudo, o Rito Sumaríssimo, com suas implicações e desdobramentos, será abordado em seção específica (ver seção 3).

1.4.2 Procedimentos especiais

Por não constituir o objeto do presente trabalho, não teceremos comentários acerca dos procedimentos especiais. Nesse sentido, apenas com vistas a apresentá-los, é de se mencionar que, para fins meramente didáticos, Leite (2015) aponta que a CLT contém 3 (três) ações como procedimentos especiais, a saber: a) o inquérito judicial para apuração de falta grave (arts. 853 a 855); b) o dissídio coletivo (arts. 856 a 871 e 873 a 875); e c) a ação de cumprimento (art. 872 e seu parágrafo único).

Segue ainda o referido autor afirmando que, por força do art. 769 da CLT, que trata da aplicação subsidiária das normas de direito processual comum ao processo do trabalho, outras ações especiais não previstas na legislação processual trabalhista são cabíveis no processo do trabalho, por exemplo, ação civil pública, consignação em pagamento e mandado de segurança.

2 Procedimento sumaríssimo no processo do trabalho

2.1 Origem e evolução histórica do procedimento sumaríssimo no Direito Processual Trabalhista Brasileiro

O procedimento sumaríssimo foi introduzido no processo do trabalho por força da Lei nº 9.957, de 13 de janeiro de 2000, que acrescentou à CLT os arts. 852-A a 852-I, objetivando a celeridade do processo, a efetividade processual, a simplificação do procedimento e a diminuição da dilação probatória, como nos ensina Pereira (2013).

As reclamações devem veicular pedido líquido e, da mesma forma, líquidas devem ser as sentenças e acórdãos que lhes sucederem. Apesar do silêncio da lei nesse sentido, as modalidades de assistência processual e intervenção de terceiros e reconvenção não são compatíveis com a celeridade que se quis impor com o rito diferenciado. Admite-se, porém, o litisconsórcio.

Houve *vacatio legis* de 60 dias, razão pela qual a nova lei entrou em vigor no dia 13 de março de 2000, sem aplicabilidade retroativa aos processos ajuizados antes de sua vigência. Tal qual foi brevemente mencionado em linhas anteriores, Leite (2015) sustenta que o procedimento sumaríssimo não extinguiu o sumário previsto na Lei n. 5.584/70, pela ausência de revogação expressa na lei nova, inexistindo qualquer incompatibilidade entre os dois textos legais da qual se possa inferir a revogação tácita da norma mais antiga.

Ressalte-se que, segundo Nascimento (2013, p. 651): “Os procedimentos sumaríssimos são dois, o rito oral (CLT, art. 851, § 1º) e o sumaríssimo (CLT, art. 852-A), aquele em desuso, mas não revogado, na prática absorvido por este”, posição adotada neste trabalho.

2.2 Conceito

O Procedimento Sumaríssimo é caracterizado pela intenção legislativa de imprimir celeridade à marcha processual nos casos aos quais é aplicado, trazendo a simplificação de atos processuais e a restrição de matérias passíveis de apreciação recursal.

A CLT, em seu artigo 852-A, assim estabelece: “Os dissídios individuais cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo vigente na data do ajuizamento da reclamação ficam submetidos ao procedimento sumaríssimo”.

Apreende-se, portanto, que não há carga de facultatividade, como a veiculada na Lei dos Juizados Especiais, Lei nº 9.099/95, pois o que o supramencionado artigo 852-a da CLT traz é uma previsão imperativa.

Insta ressaltar que se aplicam supletivamente as regras do procedimento ordinário ao procedimento sumaríssimo, nos termos do art. 769 da CLT.

Não obstante as vozes pela indisponibilidade dos direitos trabalhistas, há quem defenda que, ao optar pelo rito sumaríssimo, a parte reclamante estará dispondo dos créditos trabalhistas que ultrapassarem o teto legal. De toda sorte, certo é que o juiz não poderá, de ofício, modificar o valor atribuído pelo reclamante.

Importante lembrar que no momento do ajuizamento da ação pelo rito sumaríssimo o autor deve considerar a atualização monetária até a data da propositura, havendo possibilidade de, ainda assim, no momento da liquidação se apurar valor maior que o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, por força da mesma atualização monetária e dos juros moratórios, consoante à regra do art. 290 do Código de Processo Civil, aplicado de forma subsidiária.

A apreciação da ação submetida ao procedimento sumaríssimo deverá ocorrer no prazo máximo de 15 (quinze dias) do seu ajuizamento, podendo constar de pauta especial, se necessário, de acordo com o movimento judiciário da Vara do Trabalho (CLT, art. 852-B, III).

O processo sujeito ao rito sumaríssimo deverá ser instruído e julgado em audiência única, salvo na hipótese do § 1º do art.

852-H da CLT, que dispõe que “Sobre os documentos apresentados por uma das partes manifestar-se-à imediatamente a parte contrária, sem interrupção da audiência, salvo absoluta impossibilidade, a critério do juiz”.

Há, no entanto, restrição em razão da pessoa ao processamento da reclamação trabalhista pelo rito sumaríssimo, vez que são incompatíveis com o procedimento sumaríssimo as ações em que figuram as pessoas de Direito Público da Administração Direta, Autárquica ou Fundacional (art. 852-A), mas a esse procedimento se submetem os demais entes da administração indireta, a saber: as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Não se submetem ao rito sumaríssimo as ações coletivas *lato sensu*, isto é, aquelas que tenham por objeto a tutela dos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Nas ações em que o sindicato da categoria atua como substituto processual, almeja-se a tutela de interesses individuais homogêneos (CF, art. 8º, III), de sorte que essas reclamações não se submeterão ao rito em comento.

2.3 Características

Em suma, na lição de Saraiva e Manfredini (2014, p. 510-511), insta destacar acerca do procedimento sumaríssimo a limitação do valor da causa (até 40 salários mínimos) – inclusive nas ações plúrimas –, a inaplicabilidade aos dissídios coletivos e às causas em que figure a administração pública direta, autárquica e fundacional, obrigatoriedade de pedido certo e determinado e impossibilidade de citação por edital (ambos sob pena de arquivamento do feito e condenação do reclamante ao pagamento das custas), prazo de 15 (quinze) dias para apreciação, realização de audiência única (produção de provas, oitiva de testemunhas, decisão acerca de incidentes e exceções etc.), realização de proposta única de conciliação por parte do magistrado, produção de prova técnica apenas em casos excepcionais e dispensa de relatório na sentença.

A sentença no procedimento Sumaríssimo é deveras simplificada para fazer jus à intenção do legislador e ao fim a que o rito se destina.

Na mesma linha, nem todas as matérias podem ser objetivo de recurso de revista quando a reclamação trabalhista se submeteu a esse rito processual. Assim é que o polo passivo da demanda, muitas vezes vislumbrando complexidade e possíveis problemas de restrição material recursal, opta pela impugnação ao valor dado à causa.

2.4 Os recursos do procedimento sumaríssimo

A Lei 9.957/00 prevê como cabíveis, de forma expressa, no procedimento sumaríssimo o recurso ordinário e o recurso de revista, consoante a seguir se demonstrará.

2.4.1 Recurso ordinário

O recurso ordinário é a medida recursal cabível em face da simples sucumbência perante o juízo de piso após a sentença, seja de mérito ou não. Especificamente em relação ao procedimento sumaríssimo, além de ser aplicado sem qualquer ressalva ou limitação, o legislador conferiu-lhe rito ainda mais célere de tramitação e julgamento perante os Tribunais Regionais do país, conforme art. 895, §§ 1º e 2º da CLT.

2.4.2 Recurso de revista

O recurso de revista e suas peculiaridades no procedimento sumaríssimo serão analisados em espaço próprio no presente trabalho (ver seção 3).

2.4.3 Embargos de declaração

Os embargos de declaração constituem meio recursal que visa a expurgar do julgado eventuais omissões, contradições ou obscuridades, complementando e aperfeiçoando a prestação jurisdicional (SCHIAVI, 2013).

2.4.4 Embargos no TST

Para Garcia (2014, p. 494), os embargos no TST podem ser das seguintes modalidades: “[...] infringentes, de competência da Seção de Dissídios Coletivos, e de divergência de competência da Seção de Dissídios Individuais (SBDI-I)”.

Em se tratando de procedimento sumaríssimo, apesar da restrição material quanto ao cabimento de recurso de revista prevista no art. 896, § 6º, da CLT, os embargos no TST são cabíveis (art. 894, inciso II, da CLT).

2.4.5 Recurso extraordinário

O rito sumário em regra não admite a utilização da via recursal elencada na CLT. No entanto, estabelece a legislação que instituiu o rito sumário que o recurso cabível é o recurso extraordinário.

rio nos casos de afronta ou violação à norma constitucional. Assim, nos processos de rito sumário é cabível recurso extraordinário desde que a matéria discutida venha a relacionar-se com as normas constitucionais. Surge então como questionamento para o intérprete se, nesse caso, o recurso extraordinário é interposto diretamente da decisão monocrática de piso.

Nesse sentido, Nascimento (2013) entende que não seria necessário, havendo matéria constitucional em debate, inadmitir, para efeitos recursais, o rito sumário e sua irrecorribilidade, para que, mediante recurso ordinário, de revista e embargos, a matéria viesse a ser resolvida no âmbito da jurisdição trabalhista, cabendo, aí sim, a provocação do Supremo. Em outras palavras, para o ilustre doutrinador, “[...] se a matéria é constitucional, não cabe rito sumário, para efeito de irrecorribilidade na Justiça do Trabalho e seus graus” (NASCIMENTO, 2013, p. 863-864).

D’outra banda segue o julgado abaixo transcrito e entendimento sumulado pelo Supremo Tribunal Federal:

SÚMULA STF N. 281. LEI 5.584/70. TRABALHISTA. DISSÍDIO DE ALÇADA. 1. É incabível recurso extraordinário quando não esgotados os recursos de natureza ordinária. Incidência da Súmula STF n. 281. 2. Agravo regimental improvido. (AI 673.517-aDr, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 7.8.2009).

É que, segundo a Lei 5.584, de 26.6.70, § 4º do art. 2º, nenhum recurso caberá das sentenças proferidas nos dissídios de alçada, salvo se versarem sobre matéria constitucional. É dizer, se a sentença versar matéria constitucional, a causa cai no sistema de recursos da CLT; Recurso Ordinário para o TRT e Recurso de Revista para o TST (RE 230.739, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma DJ 6.2.2004).

É de se entender, portanto, que, embora balizado no Princípio da Celeridade, fortemente impresso no rito processual em comento, nas causas que versarem sobre matéria constitucional não se pode extinguir a possibilidade de recursos ou, no mesmo sentido, “obrigar” o trabalhador a se utilizar do Procedimento Sumaríssimo ou Ordinário, a depender do caso concreto, tolhendo seu direito à utilização de uma via mais célere (não desmerecendo a celeridade do rito sumaríssimo, mas o que aqui se destaca é apenas a celeridade em relação ao rito sumário), sob pena de desvirtuamento da base principiológica do Direito Processual do Trabalho e dos objetivos primordiais a que esse ramo do Direito se destina, ou seja, à essencial e indubitável Proteção à parte hipossuficiente das relações trabalhistas: o trabalhador.

2.4.6 Agravo de instrumento

Quando um recurso não é processado, o meio capaz de fazer com que continue a sua tramitação é o agravo de instrumento, que deve ser apresentado em 8 (oito) dias, de acordo com o que estabelece a CLT em seu art. 897.

3 A questão constitucional do duplo grau de jurisdição e suas implicações no procedimento sumaríssimo trabalhista

Feitos esses esclarecimentos iniciais, basilares para a análise que o presente estudo se propôs a realizar, parte-se agora para o exame das implicações do duplo grau de jurisdição no procedimento sumaríssimo trabalhista.

Para tanto, serão examinados os principais pontos acerca do duplo grau de jurisdição no ordenamento jurídico brasileiro, buscando-se um conceito na doutrina e o posicionamento legal ocupado por esse instituto. Mais à frente será apresentado o recurso de revista no âmbito do procedimento sumaríssimo, com fundamento nas Leis 9.957/2000 e 13.015/2014. Por fim, serão trazidos à baila julgados sobre o tema, no intuito de ilustrar e exemplificar as circunstâncias explicitadas ao longo da discussão.

3.1 O duplo grau de jurisdição no ordenamento jurídico brasileiro

Diz o art. 5º, LV, da CF: “Aos litigantes, com processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Podemos afirmar, grosso modo, que o princípio do duplo grau de jurisdição tem como pilares dois vocábulos, quais sejam, o “inconformismo” e o “controle”, balizados pelo afã da alvissareira “segunda opinião”.

Tal princípio implica a possibilidade do reexame de uma demanda, administrativa ou judicial, por uma instância superior, mediante interposição de recurso em face da decisão do órgão de instância inferior para revisão das decisões proferidas na instância imediatamente superior. É inegável meio de controle trazido ao âmbito das lides e controvérsias que exigem decisão única, que sempre desagrada uma das partes e, não raro, até mesmo ambas as partes litigantes.

Em outras palavras, tal qual asseveram Saraiva e Manfredini (2014, p. 50), “O princípio do duplo grau de jurisdição impõe a

obrigatoriedade, pelo menos, de duas instâncias (judicial ou administrativa, conforme o caso), bem como o atinente recurso que garanta às partes a devolução da matéria apreciada à instância superior”.

Aduz Schiavi (2013, p. 776) que tal instituto configura, entre outras coisas, a possibilidade de aperfeiçoamento e controle das decisões do Poder Judiciário e, sentido contrário, destaca o posicionamento doutrinário tendente a visualizá-lo como um meio de infligir ao processo uma demora desnecessária, principalmente como desculpa por parte dos devedores para não cumprir suas obrigações.

Para Nascimento (2013, p. 797), o duplo grau de jurisdição é uma forma de se garantir maior grau de acerto nas decisões e isso se dá por meio da participação de muitas pessoas nas decisões.

No processo trabalhista há exemplo da não aplicação do princípio em comento nos denominados dissídios de alçada do rito sumário (demandas submetidas à Justiça do Trabalho que não ultrapassem dois salários mínimos), previstos no art. 2.º, §§ 3.º e 4.º, da Lei 5.584/1970 (SARAIVA; MANFREDINI, 2014). Os dissídios de alçada serão julgados em instância única pelas Varas do Trabalho, não sendo admitido qualquer recurso, salvo se envolver matéria constitucional, conforme visto alhures. Assim, severa restrição recursal acometeu o rito de alçada ou sumário, que, para alguns juristas, ainda tem plena aplicabilidade nas ações trabalhistas que não ultrapassem 2 (dois) salários mínimos, segundo a opinião que resolvemos adotar neste trabalho.

Nesse sentido, autores como Marinoni e Arenhart (2007, p. 491 *apud* SCHIAVI, 2013, p. 776) aduzem que o duplo grau de jurisdição deve ser utilizado com racionalidade, em especial nas causas de maior simplicidade, tendo em vista que ele dilata o prazo para a prestação da tutela jurisdicional e, além disso, põe em xeque a confiança depositada no juiz de primeiro grau, se for utilizado de tal forma que acabe por submeter à revisão absolutamente todas as questões submetidas ao seu exame.

3.2 Recurso de revista no procedimento sumaríssimo (Leis nº 9.957/2000 e nº 13.015/2014)

Estabelecia o art. 896, § 6º, da CLT (com as alterações da Lei nº 9.957/2000) apenas duas possibilidades de admissão do recurso de revista no procedimento sumaríssimo, quais sejam: “[...] contrariedade a súmula de jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho e violação direta da Constituição Federal”.

No entanto, agora, a CLT, com as alterações da Lei 13.015/2014, estabelece em seu art. 896, § 9º que, além da violação direta da Constituição Federal, será admitido recurso de revista no rito sumaríssimo nos casos em que houver: “a) contrariedade a súmula de jurisprudência uniforme do TST ou a súmula vinculante do STF”.

Importante frisar, ainda, que a Súmula 442⁴ do TST preceitua a inadmissibilidade de recurso de revista no procedimento sumaríssimo quando fundamentado em contrariedade a orientação jurisprudencial.

Com a inclusão do § 9º pela Lei 13.015, de 2014, o recurso de revista no rito sumaríssimo também será cabível por contrariedade a Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal, sendo 3 (três) agora as hipóteses de interposição do recurso de revista no procedimento sumaríssimo.

Destaque-se que, mesmo com o aumento das possibilidades de interposição do recurso de revista no procedimento sumaríssimo, as limitações ainda se mantêm, com destaque para o termo jurisprudência uniforme do TST, ou seja, excluiu-se do rol de possibilidades a divergência jurisprudencial dos TRTs, possível no âmbito do procedimento ordinário (cf. art. 896, a da CLT).

a) Definição e características

Schiavi (2013, p. 860) assim conceitua o recurso de revista:

[...] um recurso de natureza extraordinária, cabível em face de acórdãos proferidos pelos Tribunais Regionais do Trabalho em dissídios individuais, tendo por objetivo uniformizar a interpretação das legislações estadual, federal e constitucional (tanto de direito material como processual) no âmbito da competência da justiça do Trabalho, bem como resguardar a aplicabilidade de tais instrumentos normativos.

⁴ “Súmula n. 442 do TST – PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO. RECURSO DE REVISTA FUNDAMENTADO EM CONTRARIEDADE A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. INADMISSIBILIDADE. ART. 896, § 6º, da CLT, acrescentado pela lei n. 9.957 de 12.1.2000 (Conversão da Orientação Jurisprudencial n. 352 da SBDI-1) – Res. n. 185/2012. Nas causas sujeitas ao procedimento sumaríssimo, a admissibilidade de recurso de revista está limitada à demonstração de violação direta a dispositivo da Constituição Federal ou contrariedade a Súmula do Tribunal Superior do Trabalho, não se admitindo o recurso por contrariedade a Orientação Jurisprudencial deste Tribunal (Livro II, Capítulo III, do RITST), ante a ausência de previsão no art. 896, § 6º da CLT.”

A seu turno, Saraiva e Manfredini (2014, p. 595) asseveram o caráter eminentemente técnico de tal remédio processual, que visa essencialmente corrigir a “[...] interpretação correta da lei pelos tribunais do trabalho”.

O entendimento mais recente sobre o assunto fica por conta da lição de Leite (2015, p. 1660-1661) ao acentuar a natureza extraordinária do recurso de revista, equiparando-o ao recurso extraordinário para o STF e ao recurso especial para o STJ, já que não se presta para garantia do duplo grau de jurisdição, mas para reforçar a supremacia nacional em face do direito local ou regional, ou seja, “[...] aprimorar a excelência e a qualidade dos pronunciamentos judiciais em geral e rechaçar os arbítrios e ilegalidades que eventualmente possam ocorrer nas decisões proferidas pelos tribunais regionais”.

b) Pressupostos de admissibilidade

O recurso de revista exige para sua admissibilidade e conhecimento pressupostos genéricos (preparo e representatividade/capacidade das partes), inerentes a qualquer recurso, e pressupostos específicos (decisão proferida em grau de recurso ordinário em dissídios individuais, prequestionamento, necessidade de impugnar todos os fundamentos do acórdão recorrido, impossibilidade de reexame de fatos e provas e transcendência) (LEITE, 2015).

É de se esclarecer que, quanto ao preparo, este é o pagamento das despesas relacionadas ao recurso (custas, porte de remessa e retorno dos autos, despesas postais etc.) e no que diz respeito à representatividade/capacidade das partes, no caso do recurso de revista, excepciona-se o *jus postulandi* (art. 791⁵ da CLT), de modo que é necessária a subscrição do recurso por advogado, nos termos do art. 791 da CLT e da Súmula nº 425⁶ do TST, o que, no entendimento de Leite (2015, p. 1665), se deve à natureza extremamente técnica dessa modalidade recursal. Compartilhamos do entendimento aduzido pelo nobre doutrinador e, ainda, destacamos que a hipossuficiência reconhecida no trabalhador também se caracteriza pela falta de conhecimentos e instrumentos técnicos para lançar mão da defesa de seus direi-

⁵ “Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.”

⁶ “**JUS POSTULANDI NA JUSTIÇA DO TRABALHO. ALCANCE. Res. 165/2010, DEJT divulgado em 30.04.2010 e 03 e 04.05.2010.** O *jus postulandi* das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.”

tos, daí a importância da criação de meios menos complexos para isso, a exemplo dos princípios da oralidade e simplicidade, caros ao Direito do Trabalho. Nesse sentido, não se mostra ilógico que, em um ambiente de trato mais complexo, no qual as discussões assumem um nível de tecnicidade jurídica que, na maior parte das vezes (se não em todas), situa-se em patamar acima do conhecimento do homem médio, não habituado a tal espaço, exija-se a presença de profissional com capacidade técnica para tanto, com vistas a resguardar os direitos do trabalhador.

Continuando a análise dos pressupostos anteriormente elencados, agora passando aos pressupostos específicos, quanto à necessidade de existência de decisão proferida em grau de recurso ordinário em dissídios individuais, importante lição de Leite (2015, p. 1666), através da qual destaca que “[...] a revista é também cabível, no processo (ou fase) de execução, em grau de agravo de petição, desde que o fundamento do recurso resida na alegação de violação direta e literal à Constituição Federal” (nesse ponto, ver item 3.4).

A respeito da necessidade de prequestionamento, Leite (2015, p. 1670) assevera:

[...] a admissibilidade da revista pressupõe que a decisão recorrida tenha se pronunciado explicitamente sobre a matéria veiculada no recurso, ainda que se trate de violação frontal e direta à norma da Constituição Federal. Não vale, pois, o pronunciamento implícito. Mas não é preciso que a decisão reproduza *ipsis litteris* o dispositivo de lei que o recorrente alega ter sido violado. O importante é que a tese explícita sobre a matéria questionada faça parte da fundamentação do julgado.

Isto é, na decisão proferida em grau de recurso ordinário em dissídios individuais (pressuposto anteriormente explicitado) é necessário que haja referência explícita à tese sobre a matéria questionada, embora tal menção não precise ser a reprodução literal do dispositivo da lei que se alegue ter sido violado.

Quanto à necessidade de impugnar todos os fundamentos do acórdão recorrido, Leite (2015, p. 1674) destaca que

[...] não será conhecido o recurso de revista se a decisão recorrida resolver determinado item do pedido por diversos fundamentos e a jurisprudência transcrita não abrange todos os fundamentos.

Inferre-se daí que, mesmo a ausência de impugnação de 1 (um) fundamento, num universo de vários, por menos relevante

que se possa considerar, dará ensejo ao não conhecimento do recurso.

No tocante à impossibilidade de reexame de fatos e provas, Leite (2015, p. 1676) relaciona tal pressuposto ao caráter eminentemente técnico do recurso em discussão, de modo que, “Se a finalidade do recurso de revista repousa na supremacia do direito objetivo e na uniformização acerca da interpretação dada à Lei e à Constituição pelos tribunais regionais do trabalho [...]”, seguindo o entendimento jurisprudencial acerca dos recursos extraordinários, essa modalidade de recurso não se presta para reexame de fatos e provas. Nesse sentido, a Súmula nº 126⁷ do TST.

Por fim, no que corresponde ao pressuposto da transcendência, merecem transcrição os apontamentos de Leite (2015, p. 875):

Transcendência - Certamente, o vocábulo “transcendência”, que é qualidade de transcendente, comporta multifários significados. Parece-nos que a *mens legislatoris* aponta no sentido de algo muito relevante, de extrema importância, a ponto de merecer um julgamento completo por parte do TST. De toda sorte, evidencia-se a marca da subjetividade do Recurso de Revista.

Dessa forma, é de se entender que o pressuposto da transcendência funciona também como um filtro para as ações submetidas à apreciação do TST, vez que restringe o acesso à instância extraordinária àqueles processos veiculadores de temas com reflexos gerais, a exemplo das implicações de natureza econômica, política, social ou jurídica.

Importantíssimo frisar que Leite (2015, p. 1683-1684) chama a atenção para outros pressupostos criados pela Lei nº 13.015/2014:

Como se infere do novel § 1º-A do art. 896 da CLT, pelo qual o recurso de revista também não será conhecido se o recorrente não se desincumbir do ônus de: I – indicar o trecho da decisão recorrida que consubstancia o prequestionamento da controvérsia objeto do recurso de revista; II – indicar, de forma explícita e fundamentada, contrariedade a dispositivo de lei, súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho que conflite com a deci-

⁷ **“RECURSO. CABIMENTO (mantida) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.** Incabível o recurso de revista ou de embargos (arts. 896 e 894, “b”, da CLT) para reexame de fatos e provas.”

são regional; III – expor as razões do pedido de reforma, impugnando todos os fundamentos jurídicos da decisão recorrida, inclusive mediante demonstração analítica de cada dispositivo de lei, da Constituição Federal, de súmula ou orientação jurisprudencial cuja contrariedade aponte.

Infere-se daí que, somando-se à necessidade de existência de decisão proferida em grau de recurso ordinário em dissídios individuais ao prequestionamento da controvérsia, tem-se a necessidade de indicar o trecho específico da decisão recorrida que consubstancia a controvérsia. Além disso, na decisão, deve-se indicar a contrariedade que se alega estar em conflito com decisão regional e, por fim, além da necessidade de impugnar todos os fundamentos do acórdão recorrido, é preciso realizar uma demonstração analítica de cada dispositivo.

Saindo do âmbito restrito do rito sumaríssimo, temos que a tendência legislativa é afunilar, cada vez mais, o acesso recursal, criando requisitos de ordem material para determinados ritos processuais e mesmo outros requisitos de ordem objetiva de aplicabilidade geral, como o trazido pela Lei nº 13.015/2014, que requer tecnicismo mínimo do operador do direito para a admissibilidade do Recurso de Revista.

c) Cabimento

Atendidos todos os pressupostos genéricos e específicos de admissibilidade aqui mencionados, a revista somente será cabível em hipóteses muito restritas e legalmente previstas nas alíneas a, b e c do art. 896 da CLT.

Com efeito, o art. 896 da CLT, com redação dada pelas Leis nº 9.756/98 e nº 13.015/2014, dispõe, *in verbis*:

Art. 896. Cabe Recurso de Revista para Turma do Tribunal Superior do Trabalho das decisões proferidas em grau de recurso ordinário, em dissídio individual, pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando (redação dada pela Lei n. 9.756/1998):

a) derem ao mesmo dispositivo de lei federal interpretação diversa da que lhe houver dado outro Tribunal Regional do Trabalho, no seu Pleno ou Turma, ou a Seção de Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, ou contrariarem súmula de jurisprudência uniforme dessa Corte ou súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal; (redação dada pela Lei n. 13.015/2014).

b) derem ao mesmo dispositivo de lei estadual, Convenção Coletiva de Trabalho, Acordo Coletivo, sentença normativa ou regulamento empresarial de ob-

servância obrigatória em área territorial que exceda a jurisdição do Tribunal Regional prolator da decisão recorrida, interpretação divergente, na forma da alínea a; (redação dada pela Lei n. 9.756/1998).

c) proferidas com violação literal de disposição de lei federal ou afronta direta e literal à Constituição Federal. (redação dada pela Lei n. 9.756/1998).

O recorrente pode fundamentar o recurso de revista com base em uma alínea, duas alíneas ou três alíneas do art. 896 da CLT (LEITE, 2015, p. 1687).

d) Efeitos

Louvável a técnica veiculada por intermédio da Lei nº 13.015/2014, com a alteração do § 1º do art. 896 da CLT, a saber: “O recurso de revista, dotado de efeito apenas devolutivo, será interposto perante o Presidente do Tribunal Regional do Trabalho, que, por decisão fundamentada, poderá recebê-lo ou denegá-lo” (grifo nosso). Do que se extrai que o recebimento de recurso de revista não obsta a continuidade do feito.

e) Procedimento

Como bem afirma Leite (2015), interposto o recurso de revista no prazo de oito dias, a petição é dirigida ao Presidente do TRT e as razões recursais, à Turma do TST, devidamente fundamentada e subscrita por advogado (TST, Súmula 425), é o recurso desde logo submetido a exame de admissibilidade ao Presidente do TRT correspondente (ou outro órgão previsto no respectivo regimento interno), em decisão que deve ser fundamentada, sob pena de nulidade (CF, art. 93, IX, e CLT, art. 896, § 1º).

Em face de decisão condenatória, será indispensável ao empregador recorrente o recolhimento prévio do depósito recursal ou o seu complemento, e, havendo acréscimo ou redução da condenação em grau recursal, o juízo prolator da decisão arbitrará novo valor à condenação, quer para a exigibilidade de depósito ou complementação do já depositado, para o caso de recurso subsequente, quer para liberação do valor excedente decorrente da redução da condenação (LEITE, 2015).

Em face de decisão denegando o seguimento do recurso, o recorrente poderá interpor agravo de instrumento, mas o Presidente do TRT também pode admitir parcialmente o recurso de revista. Nesse caso, entende o TST que não há necessidade de interposição de agravo de instrumento com relação aos tópicos que não foram admitidos (LEITE, 2015).

No mais, após o prazo para contrarrazões e já no âmbito do TST, o recurso de revista passará por novos exames de admissibilidade, terá seu provimento negado se o Ministro Relator indicar consonância entre a decisão recorrida e Súmula do TST e, ainda, ser-lhe-á denegado seguimento nos casos de intempestividade, deserção, falta de alçada e ilegitimidade de representação (vide item 3.2 b). Leite (2015, p. 1715-1716) aduz ainda que, caso seja dado provimento ao recurso de revista, “[...] o TST aplicará o direito à espécie (STF, Súmula 456), decidindo desde logo a lide [...]”, no entanto, havendo anulação do acórdão recorrido, “[...] os autos deverão ser baixados ao Tribunal a quo (ou à Vara do Trabalho) para novo julgamento”.

3.3 Recurso de Revista no Procedimento Ordinário x Recurso de Revista no Procedimento Sumaríssimo x Recursos da CLT no Procedimento Sumário

3.3.1 Recurso de Revista no Procedimento Ordinário

Ver alínea c, do item 3.2, anteriormente mencionada.

3.3.2 Recurso de Revista no Procedimento Sumaríssimo

No que concerne ao mesmo recurso no âmbito do procedimento sumaríssimo, nos termos do novel § 9º do art. 896 da CLT, como já assinalado alhures, nas causas sujeitas ao procedimento sumaríssimo, somente será admitido recurso de revista por contrariedade a súmula de jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho ou a súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal e por violação direta da Constituição Federal.

3.3.3 Recursos da CLT (Ordinário e de Revista) no Procedimento Sumário

Estabelece a legislação que instituiu o rito sumário que o recurso cabível é o recurso extraordinário em caso de afronta ou violação a norma constitucional.

Assim, conforme o item 2.4.5, nenhum recurso da CLT caberá das sentenças proferidas nos dissídios de alçada, salvo se versarem sobre matéria constitucional, quando a causa cai no sistema de recursos da CLT; Recurso Ordinário para o TRT e Recurso de Revista para o TST.

3.4 Restrição material ao duplo grau de jurisdição no recurso de revista em procedimento sumaríssimo trabalhista

Antes do advento lei de 2014, Garcia (2014) aduzia em sua obra que, seguindo o entendimento disposto na Orientação Jurisprudencial 260 da SBDI-I do TST, os processos em curso, iniciados antes da vigência da Lei nº 9.957/00, não poderiam ser convertidos ao procedimento sumaríssimo e, em consequência, não poderiam ser aplicadas as restrições de cabimento introduzidas por essa lei, de modo que os recursos de revista fundados em divergência jurisprudencial ou violação de dispositivo infraconstitucional deveriam ser apreciados pelo Tribunal.

Esse, inclusive, tem sido o entendimento adotado pelos tribunais pátrios, tal qual se observa nos arestos a seguir transcritos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. RITO SUMARÍSSIMO. ART. 896, § 6º, DA CLT. NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. [...]. Nos termos do art. 896, § 6º, da CLT e da Súmula nº 442 desta Corte, a admissibilidade do recurso de revista interposto em causa submetida ao procedimento sumaríssimo está limitada à demonstração de ofensa direta a dispositivo da Constituição Federal ou contrariedade a Súmula do Tribunal Superior do Trabalho. Nesse contexto, inviável o prosseguimento do recurso, a pretexto da alegada ofensa a dispositivo infraconstitucional e por divergência jurisprudencial. Agravo de instrumento não provido. (Processo: AIRR - 314-07.2014.5.03.0111. Julgamento: 18/03/2015, Relator Des. Convocado: Breno Medeiros, 8ª Turma, Data de Publicação: DEJT 20/03/2015).

RITO SUMARÍSSIMO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. [...]. Segundo previsão contida no § 6º do artigo 896 da Consolidação das Leis do Trabalho, o conhecimento do recurso de revista nos processos submetidos ao rito sumaríssimo pressupõe a demonstração de violação direta do texto constitucional ou contrariedade a súmula do TST. Não se enquadrando o recurso, quanto às preliminares argüidas, aos termos do permissivo legal, o seu não conhecimento é medida que se impõe. Recurso de revista não conhecido. (ED-E-EDRR - 71400-61.2003.5.15.0120, Relator Ministro: Lelio Bentes Corrêa, Data de Julgamento: 15/03/2006, 1ª Turma, Data de Publicação: DJ 11/04/2006).

Dessa forma, é palpável a restrição existente em relação ao recurso de revista no âmbito do rito sumaríssimo quando comparado ao mesmo instrumento recursal no procedimento ordinário. No entanto, isso não necessariamente irá configurar a supressão de direitos ou limitação ao duplo grau de jurisdição, significando apenas que a existência de modalidades recursais incontáveis ou, ainda, de hipóteses amplas de cabimento de algum desses instrumentos não se compatibiliza aos ritos processuais criados com vistas a promover maior celeridade processual, devendo, pois, sofrer limitação.

Coadunando com o entendimento anteriormente exposto, em recente e interessante lição, Leite (2015, p. 1684) afirma que o recurso de revista não se presta para efetivar o duplo grau de jurisdição, ante ao seu caráter eminentemente técnico, conforme discutido no item 3.2.b. No mesmo toar, Schiavi (2013, p. 873) justifica a limitação de hipóteses de cabimento do recurso de revista no procedimento sumaríssimo, com vistas a “[...] impor maior celeridade na tramitação desses processos e propiciar maior efetividade da jurisdição trabalhista”.

No mais, defendem alguns que o “Acesso à Justiça” e o “Contraditório” são princípios constitucionalmente consagrados, mas não o duplo grau de jurisdição, pois não obstante o art. 5º, LV, da CF estabeleça o acesso aos meios e recursos inerentes ao contraditório e ampla defesa, o vocábulo “recurso” não teria sido empregado no sentido de ser possível recorrer, mas no sentido dos “meios” previstos em lei para o exercício do contraditório e ampla defesa.

Diante das considerações expostas, pergunta-se: é constitucional restringir o Duplo Grau de Jurisdição ou mesmo limitar as matérias passíveis de recurso em determinado procedimento?

É praticamente impossível se pensar em processo sem perquirir sobre a questão da sua constitucionalização, veiculada por intermédio das diversas garantias constitucionais asseguradas. Exatamente por isso é que questões como a de qual seria o mínimo a ser salvaguardado para a garantia de um processo célere, porém justo, se afiguram relevantes.

Nesse contexto, segundo a atual jurisprudência do STF, os tratados internacionais sobre direitos humanos, ratificados pelo Brasil antes da EC nº 45/04, adquiriram *status* de supralegalidade, ou seja, encontram-se numa posição diferenciada na hierarquia legislativa pátria, de modo que se situam acima da legislação infraconstitucional e abaixo da Constituição. Tal entendimento foi adotado pelo STF, no julgamento do RE 343.703-1/2008, relatado pelo Min. Gilmar Mendes, no qual o STF reconheceu, por

maioria, a natureza dos tratados internacionais sobre direitos humanos pactuados pelo Brasil antes da inserção do § 3º ao art. 5º da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, conforme se infere a seguir:

PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. [...] O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002) [...]" (BRASIL, 2008, p. 01).

Foi com base nesse entendimento que o voto-vista do Exmo. Sr. Ministro Gilmar Mendes destacou que a prisão civil do depositário infiel (art. 5º, LXVII da CF) não foi revogada por referidos pactos, mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria.

Assim, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), aprovada pelo Decreto Legislativo 27/92, passou a integrar o Ordenamento Jurídico Brasileiro por intermédio do Decreto 678/1992 e adquiriu roupagem de norma materialmente constitucional por força do que estabeleceu o § 2º do artigo 5º da nossa Constituição.⁸

Nesse toar, logicamente, o artigo 8, 2, h da Convenção Americana de Direitos Humanos, que estabeleceu o princípio do Duplo Grau de Jurisdição, tem hierarquia constitucional no Brasil.

Porém, não se pode olvidar que tal dispositivo traz em seu comando expressa referência a "pessoa acusada de delito", o que ampara as interpretações de que o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição não é absoluto, ainda que erigido à categoria de norma materialmente constitucional conforme entendimento pacificado do STF, uma vez que alcançaria de forma irrestrita apenas o Direito Processual Penal, de maneira que sua aplicabi-

⁸ "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a república federativa do Brasil seja parte" (BRASIL, 1988).

lidade pode ser legitimamente restringida em causas de natureza administrativa, trabalhista, fiscal e cível. A própria Constituição Federal, em seu art. 102, III, traz a possibilidade de causas decididas em instância única, com possibilidade de se manejar o Recurso Extraordinário em face de violação de direito fundamental nesses casos.

Assim, não obstante a roupagem de Princípio Materialmente Constitucional dada ao Princípio do Duplo Grau de Jurisdição, pela sua incorporação às normas não escritas da Constituição Federal de 1988, tal Princípio não é absoluto e, dessa forma, é de se entender que a legislação infraconstitucional que limita a possibilidade recursal em causas de reduzido valor – tal como ocorre no âmbito dos ritos sumário e sumaríssimo do processo trabalhista – não viola tal princípio, que cede espaço à observância de outros princípios que foram valorados para que gozassem de igual salvaguarda constitucional, tais como a celeridade, a eficiência e a segurança jurídica.

É a solução da equação segurança-celeridade ou segurança-justiça (se considerarmos que um processo moroso jamais alcançará a sua finalidade de ser um processo justo), que se de um lado nos faz tendentes a evitar as injustificadas restrições recursais, por outro lado nos faz muito mais inclinados a clamar pela criação de ritos mais céleres, ainda que para isso algumas possibilidades recursais venham a ser inevitavelmente reduzidas de forma legítima e sem ofensa à constitucionalidade, pelo legislador.

Conclusão

Diante dos novos reclames sociais e das atualíssimas pautas constitucionais para o efetivo acesso à justiça, efetividade da decisão e providencial solução justa do conflito em tempo razoável, o legislador busca não apenas alternativas para abreviar de forma proveitosa a marcha processual (resumindo-se os trâmites procedimentais), como também os juristas, intérpretes da norma e magistrados modernos investem-se de posição de vanguarda para uma postura muito mais ativa na condução do processo e interpretação do arcabouço principiológico e normativo que o cerca.

Há tempos o legislador esforça-se para criar ritos procedimentais que se coadunem com a garantia às partes litigantes do binômio segurança jurídica e ampla defesa.

Por sua vez, o juiz como antes imaginado, delineado na visão clássica da figura que, de cima de um tablado, assiste impas-

sível ao desenrolar da marcha processual e das teses aventadas nos autos, não se coaduna mais com o processo que queremos, com o processo de que precisamos.

Sim, à obviedade, o juiz deve permanecer absolutamente imparcial, mas sua atividade de impulsionamento do processo deve ser contumaz e ativa, liderando a marcha por intermédio de escolhas que garantam a paridade das partes com base na distribuição equilibrada dos atos e ônus processuais, visando à economia de tempo e de recursos e à otimização dos resultados para um processo nitidamente contraditório, com ampla participação das partes e dinâmica condução judicial, fazendo valer no mundo dos fatos aquilo que idealizou o legislador.

Aliás, o novo Código de Processo Civil brasileiro, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, exige dos intérpretes e operadores do Direito a releitura de todo o processo e com maior razão essa releitura também deve continuar a informar a realidade do processo trabalhista.

Na seara recursal, não obstante a roupagem conferida ao Princípio do Duplo Grau de Jurisdição, poucos se furtarão a reconhecer que, quanto mais ampla a possibilidade recursal prevista para determinado rito processual, maior a demora na conclusão da questão posta em juízo, de forma que se afigura legítimo que o legislador infraconstitucional limite as vias recursais e matérias recorríveis em determinados procedimentos, como foi feito no rito sumaríssimo e, antes dele, no rito sumário.

Por fim, a equação da segurança-celeridade ou segurança-justiça, no sentido de que apenas um processo célere se assevera como um processo realmente justo, se de um lado nos faz um tanto temerosos diante das restrições recursais, por outro lado nos expõe ávidos a clamar pela criação de ritos cada vez mais céleres, ainda que para isso algumas possibilidades recursais venham a ser inevitavelmente reduzidas de forma legítima e sem ofensa à constitucionalidade pelo legislador.

Porém, pensamos que não basta ao legislador criar ritos resumidos na fase de conhecimento na incansável busca pela celeridade, bem como não cabe tão somente aos magistrados e operadores do direito em geral se utilizarem da melhor exegese de todo o arcabouço legislativo processual, material e constitucional para a solução da morosidade.

Não basta abreviar ritos da fase do processo de conhecimento, restringindo-lhes os recursos e fixando-lhes prazos mais curtos para apreciação e julgamento. Não basta a releitura de todo o sistema processual de forma menos garantista e mais célere, se também não houver urgente e constante investimento das mes-

mas boas intenções nos recursos material e humano da justiça laboral, que, não raro, pelo enorme número de demandas propostas não consegue colocar em prática o que estabelece a Lei. Além disso, questões mais complexas, como a necessária boa-fé das partes na condução das ações, precisam também ser ainda mais estimuladas, com vistas a disciplinar a interposição de recursos, com vistas à primazia do Princípio da Celeridade, inclusive no rito ordinário, em que tais instrumentos tendem a ser utilizados como meios meramente protelatórios.

Referências

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 6 jan. 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 4 fev. 2016.

BRASIL. Lei n. 9.957, de 12 de janeiro de 2000. Acrescenta dispositivos à Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, instituindo o procedimento sumaríssimo no processo trabalhista. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9957.htm>. Acesso em: 18 jan. 2016.

BRASIL. Lei n. 13.015, de 21 de julho de 2014. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para dispor sobre o processamento de

recursos no âmbito da Justiça do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13015.htm>. Acesso em: 18 jan. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 349.703-1/RS**. Tribunal Pleno. Relator Min. Gilmar Mendes. Decisão em: 03 dez. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>>. Acesso em: 24 fev. 2016.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 19 jan. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (TST). Secretaria-Geral Judiciária. Coordenadoria de Jurisprudência. **Súmulas, Orientações Jurisprudenciais** (Tribunal Pleno / Órgão Especial, SBDI-I Transitória, SBDI-II e SDC), Precedentes Normativos [recurso eletrônico]. Brasília: Coordenadoria de Serviços Gráficos de Administração do Conselho da Justiça Fe-

deral, 2015. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/10157/1563615/Livro-versao2014-igual_IndRem.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2016.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PEREIRA, Leoni. **Manual de Processo do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARAIVA, Renato; MANFREDINI, Aryanna. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Método, 2014.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2013.

Do reconhecimento da prescrição em ação trabalhista: efeitos da ausência de regulamentação do inciso I do artigo 7º da CF/88

Alessandra Weber Bueno Giongo

*Advogada da CAIXA no Rio Grande do Sul
Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela
VERBO JURÍDICO*

RESUMO

As condições para o reconhecimento da prescrição quinquenal em ação trabalhista constituem tema de grande importância para os operadores do direito, tendo em vista a presença de tal alegação na maior parte das reclamações trabalhistas, o que por si só justifica um exame mais aprofundado da matéria. Além disso, em que pese o entendimento no sentido de que é cabível o reconhecimento da prescrição parcial arguida na instância ordinária, conforme Súmula 153 do C. TST, recentemente ganhou relevo o posicionamento de que é inviável tal declaração de prescrição, em face da ausência da lei complementar prevista no art. 7º, I, da CF/88. Defendem os adeptos desse último entendimento que a regulamentação do inciso I do art. 7º da CF/88 constitui condição de eficácia da prescrição, a despeito da eficácia plena do inciso XXIX da CF/88, em que está previsto o prazo prescricional trabalhista. Ou seja, sustentam que não é possível a declaração de prescrição quinquenal em ação trabalhista enquanto não for editada a lei complementar prevista no art. 7º, I da CF/88, visto que o cenário jurídico atual não permite ao empregado ajuizar reclamação trabalhista com o contrato de trabalho em curso, o que impede a declaração da prescrição. A análise desses posicionamentos é que justifica o artigo a seguir.

Palavras-chave: Prescrição. Reconhecimento. Direitos fundamentais. Limitações dos direitos fundamentais.

ABSTRACT

The conditions for the recognition of the partial prescription in labor action are important issue for operators of law, in view of the presence of such a claim in most labor claims, which alone justifies further examination of the matter. Moreover, in spite of the understanding in the sense that it is appropriate recognition of partial prescription defendant in ordinary

proceedings as docket 153 C. TST, recently won the raised position that is not feasible such prescription statement, given the absence of supplementary law provided for in art. 7, I, CF/88. They argue the supporters of this latter understanding that the regulation of Part I of Art. 7 of CF/88 is the prescription requirement of effectiveness, despite the full effectiveness of the XXIX CF / 88, where it is planned to term labor limitation. They maintain that it is not possible to prescribe statement in labor action until it is edited the supplementary law provided for in art. 7, I CF/88 behold, the current legal scenario does not allow the employee to assess labor claim with the ongoing employment contract, which prevents prescription statement. The analysis of these placements is that justifies the following article.

Keywords: Prescription. Recognition. Fundamental rights. Limitations of fundamental rights.

Introdução

O exame da possibilidade de reconhecimento da prescrição parcial tempestivamente arguida tem como cerne a análise acerca do cabimento de limitações dos direitos fundamentais.

Veja-se que boa parte dos direitos fundamentais se encontra limitada, o que se verifica em relação ao inciso I do art. 7º da CF/88, que prevê a proteção à despedida arbitrária ou sem justa causa, porém deixa tal regramento a cargo de lei complementar, não editada até este momento.

Nesse contexto, tem-se que é discutível a corrente doutrinária que entende que a ausência de edição de lei complementar regulamentando a despedida impede o reconhecimento da prescrição parcial, uma vez que é da gênese dos direitos fundamentais a possibilidade de limitação.

Noutras palavras, em que pese seja inviável para a maioria dos empregados o ingresso de ação trabalhista no curso do contrato de trabalho, em face da possibilidade de despedida imediata, tem-se que a limitação da aplicabilidade do inciso I do art. 7º é constitucional, razão pela qual não pode ser invocada como óbice ao reconhecimento da prescrição parcial.

Trata-se de sopesar um direito fundamental de eficácia plena, qual seja a prescrição, com um direito fundamental de eficácia limitada à edição de lei complementar, qual seja a proteção à despedida arbitrária, sendo que ambos são possíveis em nosso sistema.

1 Uma reflexão a respeito do reconhecimento da prescrição parcial em ação trabalhista nos dias atuais

O presente artigo se propõe a analisar o cabimento do reconhecimento da prescrição quinquenal de pretensão arguida em ação trabalhista, tendo em vista a possibilidade de extinção contratual que predomina atualmente.

Assim, é importante cotejar a eficácia do art. 7º, XXIX da CF/88, considerado o teor do inciso I do mesmo diploma legal, ambos abaixo transcritos:

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

I – relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

[...]

XXIX – ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.

Da leitura do texto constitucional se percebe que o constituinte optou por proteger a despedida arbitrária ou sem justa causa, contudo condicionou a eficácia de tal norma à publicação de lei complementar, diversamente do que ocorre com o prazo prescricional, imediatamente aplicável, se arguido.

Vale lembrar o entendimento do TST a respeito das condições para o reconhecimento da prescrição, expresso na Súmula 153: “Não se conhece de prescrição não arguida na instância ordinária”.

Ora, a *contrario sensu*, desde que devidamente arguida na instância ordinária, é cabível o reconhecimento da prescrição.

Ou seja, trata-se de direitos fundamentais, o primeiro deles, contudo, referente à possibilidade de despedida arbitrária, condicionado à publicação de lei complementar, até o presente momento não publicada, evidentemente por fundamentos políticos.

É incontestado que um empregado com garantia ao emprego estará mais apto a consumir e contribuir para o desenvolvimento do país, de forma geral.

Repita-se: ninguém, em princípio, irá discordar de que um contrato de emprego legalmente protegido em relação à despedida arbitrária constitui um avanço social, mas a questão que

se propõe é diversa: é cabível deixar de aplicar a prescrição invocada, forte na ausência de regulamentação do inciso I suprarreferido?

Ou, perguntando-se de outra forma, é dado ao magistrado, sob o argumento de que a ausência de regulamentação do inciso I do art. 7º da CF/88 é condição de eficácia do inciso XXIX do mesmo artigo, deixar de reconhecer a prescrição tempestivamente arguida e condenar o empregador em relação a todo período contratual?

Até que ponto pode um julgador, em face da ausência de edição da Lei Complementar prevista no inciso I do art. 7º CF/88, sob a alegação dos danos que tal inércia legislativa traz ao trabalhador, negar vigência ao inciso XXIX do mesmo artigo, imediatamente aplicável?

Cabe lembrar, neste momento, que as normas constitucionais se classificam, quanto à eficácia, em normas constitucionais de eficácia plena, contida e limitada, segundo a classificação de José Afonso da Silva.

Nesse contexto, de acordo com a lição de Moraes (2003, p. 41):

São normas constitucionais de eficácia plena “aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular” (por exemplo, os remédios constitucionais).

Normas constitucionais de eficácia contida são aquelas “que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados” (por exemplo: art. 5º, XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer).

Por fim, normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas que apresentam “aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma normatividade ulterior que lhes desenvolva a aplicabilidade” (por exemplo: CF, art. 192, § 3º: as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a 12% ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar).

Conforme tal classificação, tem-se que o inciso I do art. 7º CF/88 constitui norma de eficácia limitada, ao passo que o inciso XXIX do mesmo diploma legal constitui hipótese de norma constitucional de eficácia plena, o que revela a dificuldade de se deixar de declarar a prescrição parcial regularmente arguida.

Veja-se que não se deixa de reconhecer a dificuldade de ingresso em juízo, no curso da relação de emprego, no cenário jurídico atual, em que há uma instabilidade do contrato de emprego, contudo tal fato não se sobrepõe à eficácia constitucional dos direitos fundamentais, elegida pelo constituinte de 1988.

É importante destacar que os direitos fundamentais são limitáveis, bem como que não é dado ao intérprete ignorar as limitações impostas pelo constituinte.

Frise-se que o entendimento acerca da **impossibilidade** de declaração de prescrição parcial na atualidade está bem demonstrado no artigo intitulado *A garantia contra dispensa arbitrária como condição de eficácia da prescrição no curso da relação de emprego*, escrito pelos magistrados Valdete Souto Severo e Jorge Luiz Souto Maior.

O seguinte excerto do artigo em questão traz as razões de tal posicionamento:

Mas, se o empregador tivesse o direito de extinguir o vínculo de emprego quando quisesse, sem precisar motivar seu ato, não seria razoável concluir que os créditos por ele não adimplidos durante o contrato estivessem sujeitos à prescrição.

Disso, podemos extrair duas conclusões. A primeira: de que o empregador não tem esse direito de fazer cessar o vínculo de emprego sem uma motivação suficiente e juridicamente válida. Antes disso, a ordem constitucional vigente impõe ao empregador um dever fundamental. O dever de motivar o ato de cessação da relação de emprego, por sua iniciativa.

A doutrina dos deveres fundamentais, embora menos desenvolvida que a dos direitos, parte da premissa de que ao estabelecer direitos fundamentais o constituinte originário cria, automaticamente, deveres correlatos. Deveres cuja observância, muitas vezes, é condição para a efetividade do direito.

É essa a hipótese do art. 7º, I, da Constituição Federal. Quando esse texto normativo diz ser direito dos trabalhadores a relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa ao mesmo tempo cria o dever de motivação por parte do empregador. Dever que encontra eco inclusive na doutrina geral dos contratos, representado nas obrigações ditas acessórias, de lealdade, confiança e transparência entre os contratantes. Dever que considera o cará-

ter diferenciado que a extinção de um vínculo de emprego adquire, quando a iniciativa de ruptura é do empregador.

Enquanto essa não for a realidade em nosso país, enquanto continuarmos negando vigência ao texto constitucional, olhando o novo com os olhos do velho, não é possível falar em prescrição no curso do contrato. Essa é a segunda conclusão necessária. E o raciocínio não é novo. Márcio Túlio Viana já o defende há algum tempo, ao argumento de que o princípio da proteção se justifica pela existência do inegável poder social, que um dos integrantes da relação de emprego exerce sobre o outro. Esse poder acarreta, dentre tantas disparidades, a circunstância objetiva de que durante a vigência do vínculo, qualquer ato do empregado pode ensejar a perda do posto de trabalho. Posto de trabalho que, via de regra, é a exclusiva fonte de sobrevivência do trabalhador. É o seu modo de ser-no-mundo. É o espaço onde passa a maior parte do seu tempo acordado. É o lugar em que tem amigos, obrigações, desafios e afetos (SEVERO; MAIOR, 2010, não paginado).

No mesmo sentido é o seguinte verbete, aprovado no XV CONAMAT, em 2010, em Brasília:

PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL CONTRA A DISPENSA ARBITRÁRIA (artigo 7º, I, CF). NÃO-REGULAMENTAÇÃO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL: INAPLICABILIDADE. Considerando que a prescrição não é um 'prêmio' para o mau pagador, enquanto não aplicado efetivamente o direito de proteção contra a dispensa arbitrária previsto no inciso I do art. 7º da CF, que gera ao trabalhador a impossibilidade concreta de buscar os seus direitos pela via judicial, não se pode considerar eficaz a regra do inciso XXIX do artigo 7º, no que se refere à prescrição que corre durante o curso da relação de emprego. Por isso, enquanto não conferirmos efetividade plena ao artigo 7º, I, da CF/88, não se pode declarar a prescrição quinquenal.

O contraponto de tal posicionamento, no sentido da **possibilidade** de declaração da prescrição parcial arguida em ação trabalhista, passa pelo reconhecimento de que o art. 7º, inciso XXIX, da CF/88 constitui norma de eficácia plena, não afetada pela ausência de edição da lei complementar prevista no inciso I do mesmo artigo.

É evidente que a estabilidade no emprego é um ideal a ser buscado, mas não é, ainda, a realidade do ordenamento jurídico vigente.

Assim, em que pese seja questionável penalizar o empregado com o reconhecimento da prescrição, em face das dificulda-

des de ingresso em juízo na atual conjuntura jurídica, tem-se que é uma ficção que não se sustenta a conclusão no sentido da impossibilidade de declaração da prescrição parcial prevista no art. 7º, XXIX, CF/88.

Trata-se de escolhas, embasadas pelos mais diversos fundamentos e relacionadas, intrinsecamente, ao grau de desenvolvimento do país, mas que devem ser estritamente observadas pelo intérprete, **a quem não é dado se substituir ao legislador nas suas opções ideológicas.**

Corroborar esse último entendimento, pela **possibilidade** de declaração da prescrição parcial no atual contexto jurídico, a jurisprudência predominante na 4ª Região, cristalizada no acórdão RT 0092900-39.2009.5.04.0781, publicado em 6 de dezembro de 2012, da lavra do Desembargador Flavio Portinho Sirangelo:

EMENTA

PRESCRIÇÃO. Art. 7º, XXIX, da Constituição da República. Autoaplicabilidade. Garantia no emprego. A falta de edição da Lei Complementar definindo a garantia do trabalhador contra a despedida arbitrária ou sem justa causa não autoriza descumprimento, pelo julgador, em relação aos prazos prescricionais fixados no art. 7º, XXIX, da Constituição da República. Não merece endosso a tese segundo a qual o prazo prescricional quinquenal trabalhista só se conta a partir da extinção do contrato de trabalho, fundada na presunção do julgador de que, ausente proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, resta inviabilizado o exercício do direito de ação na constância do contrato de trabalho. Ressalva não contida no texto constitucional. O juiz não pode se substituir ao legislador constituinte nas suas opções políticas discriminatórias, exceto se for para exercer o controle de constitucionalidade de determinada regra jurídica e harmonizá-la com as demais normas do sistema jurídico e os princípios da Constituição, coisa de que não trata a hipótese dos autos, em que convivem, sem exclusão de uma pela outra, as normas dos itens I e XXIX do art. 7º da Constituição da República. Decisão que importa em negativa de vigência ao preceito do art. 7º, XXIX, da Constituição, ao estabelecer que o direito de ação para reclamar créditos resultantes das relações de trabalho prescreve em cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho. Observância de julgados precedentes de todas as onze turmas que compõem o Tribunal Regional, no sentido de que reafirmam o dever de adstrição do julgador no

prazo prescricional trabalhista fixado na Carta da República. Sentença reformada para assegurar a vigência da Constituição Federal no caso concreto. *Recurso provido para pronunciar a prescrição de direito de ação quanto aos créditos anteriores a 08/06/2014, nos termos do art. 7º, XXIX, da Constituição.*

Horas extras. Banco de horas. Irregularidade na sua aplicação. Não basta o ajuste escrito em negociação coletiva para que se considerem válidas as compensações de horários praticadas através do sistema de banco de horas. É preciso que a empresa tenha observado as regras estabelecidas para tais compensações, o que não ocorreu no caso concreto dos autos. *Horas extras devidas. Recurso da reclamante não provido neste ponto.*

Ação de indenização por danos morais e materiais em decorrência de doença ocupacional. Depressão. Ausência de nexo causal entre a doença e o trabalho. Caso em que ausentes elementos de prova que autorizem reconhecer o nexos de causalidade entre o trabalho e a doença do reclamante, razão pela qual não se pode impor à empregadora a responsabilidade indenizatória atribuída pela sentença. Prospera a tese recursal da reclamada, no sentido de que cabia ao reclamante comprovar a existência do fato construtivo invocado, no caso, o nexos causal entre o labor desenvolvido na empresa e a depressão diagnosticada, ônus do qual não se desincumbiu, importando-se salientar que meras suposições de trabalho estafante não são suficientes para desconstruir o conteúdo da prova pericial realizada. *Recurso provido para absolver a reclamada do pagamento de indenização por dano moral, do custeio parcial das despesas relativas ao tratamento da doença do autor e dos honorários periciais.*

É de ser referido que o entendimento pela **impossibilidade** de reconhecimento da prescrição quinquenal, por questões ideológicas, afigura-se arbitrário e acarreta, como toda arbitrariedade, imensa insegurança jurídica, na medida em que abre espaço para que o julgador deixe de aplicar outras normas por razões ideológicas.

Sinale-se que o art. 7º, VI da CF/88 assegura a “*irreduzibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo*”, o que poderia ser relativizado em um momento de fragilidade econômica, como o presente, permitindo a redução de salário sem acordo ou convenção coletiva, como forma de redução de custos.

Qual é o limite da interpretação possível, sem incorrer em desrespeito dos direitos fundamentais? Não seria a obediência

às escolhas feitas pelo legislador, diversas daquelas que entendemos mais “justas”?

Talvez seja o caso de lembrar este trecho da introdução de *A Era dos Direitos*, de Norberto Bobbio:

Proclamar o direito dos indivíduos, não importa em que parte do mundo se encontrem (os direitos do homem são por si mesmo universais), de viver num mundo não poluído não significa mais do que expressar a aspiração a obter uma futura legislação que imponha limites ao uso de substâncias poluentes. Mas uma coisa é proclamar esse direito, outra é desfrutá-lo efetivamente. A linguagem dos direitos tem indubitavelmente uma grande função prática, que é emprestar uma força particular às reivindicações dos movimentos que demandam para si e para os outros a satisfação de novos carecimentos materiais e morais; mas ela se torna enganadora se obscurecer ou ocultar a diferença entre o direito reivindicado e o direito reconhecido e protegido. Não se poderia explicar a contradição entre a literatura que faz apologia da era dos direitos e aquela que denuncia a massa dos “sem direitos”. Mas os direitos de que fala a primeira são somente os proclamados nas instituições internacionais e nos congressos, enquanto os direitos de que fala a segunda são aqueles que a esmagadora maioria da humanidade não possui de fato (ainda que sejam solene e repetidamente programados) (BOBBIO, 2004, p. 9).

Dito de forma mais simplificada, os direitos fundamentais de eficácia limitada constituem uma resposta do legislador a um anseio social, a ser efetivamente protegido e assegurado quando houver condições políticas para tal. Novamente, nas palavras de Bobbio (2004, p. 31), “são coisas diversas mostrar o caminho e percorrê-lo até o fim”.

2 A despedida arbitrária ou imotivada no Brasil – uma realidade

Diga-se que a “despedida arbitrária”, mencionada no art. 7º, I da CF/88, se encontra conceituada no art. 165 da CLT: “Os titulares da representação dos empregados nas CIPA(s) não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro”.

Esclareça-se que, segundo Martins (2015, p. 198),

motivo técnico diz respeito à organização da atividade da empresa, como o fechamento de uma filial ou

de uma seção, com a despedida dos empregados. Motivo financeiro decorre das receitas e despesas da empresa, de acordo com seu balanço. O motivo econômico é o proveniente do da produção das atividades da empresa, da conjuntura, da inflação, da recessão. Motivo disciplinar é o pertinente à dispensa por justa causa.

Conforme o mesmo autor:

foi aprovada na 68ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho em Genebra, em junho de 1982, a Convenção nº 158 que trata do término da relação de trabalho por iniciativa do empregador. Na aprovação da Convenção nº 158 os delegados brasileiros, inclusive o patronal, não votaram a favor da sua aprovação. Os representantes dos governos presentes à Conferência não assinaram a convenção, que é firmada apenas pelo presidente do Plenário da Conferência.

Entrou em vigor a Convenção nº 158 da OIT, no âmbito internacional, em 23 de novembro de 1985.

Foi a referida norma internacional complementada pela Recomendação nº 166, de 1982, na qual são previstas diversas regras, como sobre conveniência da adoção de medidas para evitar as dispensas, participação da autoridade competente para tentar conseguir as soluções.

Em 30 de junho de 1998, com a mensagem nº 261 de 1988, foi encaminhado texto da Convenção nº 158 da OIT ao Congresso Nacional, com parecer favorável do Poder Executivo. No sistema brasileiro, as normas internacionais são aprovadas definitivamente pelo Congresso Nacional, por meio de decreto legislativo, que é utilizado para instrumentalizar resoluções do Congresso Nacional em determinadas situações, como as previstas no artigo 49 da Constituição. É promulgado pelo Presidente do Senado, publicado no órgão oficial do Congresso Nacional, não sendo passível de sanção pelo Presidente da República. A convenção nº 158 da OIT foi aprovada pelo Decreto Legislativo nº 68, de 16 de setembro de 1992.

Foi depositada na OIT em 05 de janeiro de 1995 tendo vigência de 12 meses após essa data (art. 16,3, da Convenção nº 158), isto é, a partir de 5 de janeiro de 1996. Consiste a ratificação no “ato pelo qual o poder executivo, devidamente autorizado pelo órgão para isso designado na lei interna, confirma um tratado ou declara que este deve produzir seus devidos efeitos”. A *vacatio legis* da Convenção da OIT tem por finalidade: a) nos países que utilizam do dualismo jurídico, para que adotem a legislação ou regulamentação pertinente; b) nos países que adotam o monismo jurídico,

para que divulguem o texto da norma internacional no idioma adotado pelo país, adotando, se for o caso, as medidas legais para complementação das normas da convenção que não são autoaplicáveis.

Foi promulgada Convenção nº 158 por intermédio do Decreto nº 1.855, de 10 de abril de 1996, tendo por fundamento o inciso IV do artigo 84 da Constituição, que determina ao Presidente da República promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos para a sua fiel execução. O objetivo do decreto de promulgação é que todos tenham conhecimento do conteúdo e do alcance do tratado e também saibam a partir de que momento este passa a ter validade na ordem interna do país, pois a norma legal só passa a ter vigência depois de publicada no Diário Oficial (art. 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

A vigência da norma internacional poderia ser entendida de três formas: 1) a partir de 17 de setembro de 1992, quando entrou em vigor o Decreto Legislativo nº 68/92; 2) a partir de 5 de janeiro de 1996, quando expirou o prazo de 12 meses após o depósito da norma internacional na OIT, o que foi feito em 5 de janeiro de 1995; 3) a partir de 11 de abril de 1996, quando foi publicado o Decreto nº 1.855.

Entendo que somente com o decreto de promulgação é que se pode dizer que a Convenção tem vigência, isto é, ela tem vigência a partir de 11 de abril de 1996 (MARTINS, 2015, p. 199).

Quanto à constitucionalidade da Convenção nº 158, há divisão doutrinária, havendo quem defenda a inconstitucionalidade, em face do teor do art. 7º, I da CF/88, que reserva à lei complementar o tratamento da proteção à despedida arbitrária ou sem justa causa (Octavio Bueno Magano posiciona-se pela inconstitucionalidade), bem como quem entenda pela constitucionalidade (Arnaldo Sussekind entende pela constitucionalidade).

O STF já se manifestou concedendo liminar em ação direta de inconstitucionalidade a respeito da incorporação do teor da Convenção nº 158 ao ordenamento jurídico vigente, conforme se constata da ementa que segue, de acórdão da lavra do Ministro Celso de Mello, publicado em 4 de setembro de 1997:

04/09/97 TRIBUNAL PLENO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.480-3

DISTRITO FEDERAL (Medida Liminar)

RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO

REQUERENTE: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE - CNT

ADVOGADOS: LUIZ CARLOS BETTIOL E OUTROS

REQUERENTE: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI

ADVOGADOS: ALDOVRANDO TELES TORRES E OUTROS

REQUERIDO: CONGRESSO NACIONAL

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONVENÇÃO N. 158/OIT – PROTEÇÃO DO TRABALHADOR CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA – ARGUIÇÃO DE ILEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DOS ATOS QUE INCORPORAM ESSA CONVENÇÃO INTERNACIONAL AO DIREITO POSITIVO INTERNO DO BRASIL (DECRETO LEGISLATIVO N. 68/92 E DECRETO N. 1.855/96) – POSSIBILIDADE DE CONTROLE ABSTRATIVO DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – ALEGADA TRANSGRESSÃO AO ART. 7º, I, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E AO ART. 10, I DO ADCT/88 – REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA CONTRA A DESPEDIDA ARBITRÁRIA OU SEM JUSTA CAUSA, POSTA SOB RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR – CONSEQUENTE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE TRATADO OU CONVENÇÃO INTERNACIONAL ATUAR COMO SUCEDÂNEO DA LEI COMPLEMENTAR EXIGIDA PELA CONSTITUIÇÃO (CF, ART. 7º, I) – CONSAGRAÇÃO CONSTITUCIONAL DA GARANTIA DE INDENIZAÇÃO COMPENSATÓRIA COMO EXPRESSÃO DA REAÇÃO ESTATAL À DEMISSÃO ARBITRÁRIA DO TRABALHADOR (CF, ART. 7º, I, C/C O ART. 10, I DO ADCT/88) – CONTEÚDO PROGRAMÁTICO DA CONVENÇÃO N. 158/OIT, CUJA APLICABILIDADE DEPENDE DA AÇÃO NORMATIVA DO LEGISLADOR INTERNO DE CADA PAÍS – POSSIBILIDADE DE ADEQUAÇÃO DAS DIRETRIZES CONSTANTES DA CONVENÇÃO N. 158/OIT ÀS EXIGÊNCIAS FORMAIS E MATERIAIS DO ESTATUTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO – PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR DEFERIDO, EM PARTE, MEDIANTE INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO.

PROCEDIMENTO CONSTITUCIONAL DE INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS OU CONVENÇÕES INTERNACIONAIS.

- **É na Constituição da República** - e **não** na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas - que se **deve** buscar a solução normativa para a questão da **incorporação** dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro.

O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a **execução** dos tratados internacionais e a sua **incorporação** à ordem jurídica interna **decorrem**, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da **conjugação** de duas vontades homogêneas: **a do Congresso Naci-**

onal, que resolve, definitivamente, **mediante decreto legislativo**, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) **e a do Presidente da República**, que, **além** de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), **também** dispõe - **enquanto Chefe de Estado que é** - da competência para promulgá-los **mediante decreto**.

O **iter** procedimental de incorporação dos tratados internacionais - **superadas** as fases prévias da **celebração** da convenção internacional, de sua **aprovação** congressional e da **ratificação** pelo Chefe de Estado - **conclui-se** com a expedição, pelo Presidente da República, de **decreto**, de cuja edição derivam **três efeitos** básicos que lhe são inerentes: (a) a **promulgação** do tratado internacional; (b) a **publicação** oficial de seu texto; e (c) a **executoriedade** do ato internacional, que passa, então, **e somente então**, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. **Precedentes**.

SUBORDINAÇÃO NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.

- No sistema jurídico brasileiro, os **tratados** ou **convenções internacionais** estão hierarquicamente **subordinados** à autoridade normativa da Constituição da República. Em consequência, **nenhum** valor jurídico terão os tratados internacionais, que, incorporados ao sistema de direito positivo interno, **transgredirem**, formal ou materialmente, o texto da Carta Política.

O exercício do **treaty-making power**, pelo Estado brasileiro - não obstante o **polêmico** art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (**ainda** em curso de tramitação perante o Congresso Nacional) -, **está sujeito** à **necessária** observância das limitações jurídicas **impostas** pelo texto constitucional.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.

- O Poder Judiciário - fundado na **supremacia** da Constituição da República - **dispõe** de competência, para, **quer** em sede de fiscalização abstrata, **quer** no âmbito do controle difuso, efetuar o **exame de constitucionalidade** dos tratados ou convenções internacionais **já incorporados** ao sistema de direito positivo interno. **Doutrina e Jurisprudência**.

PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO.

- Os **tratados** ou **convenções internacionais**, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, **situam-se**, no sistema jurídico brasileiro, nos **mesmos**

planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as **leis ordinárias**, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera **relação de paridade normativa. Precedentes.**

No sistema jurídico brasileiro, os atos internacionais **não** dispõem de primazia hierárquica sobre as normas de direito interno. A **eventual** precedência dos tratados ou convenções internacionais sobre as regras infraconstitucionais de direito interno **somente** se justificará quando a **situação de antinomia** com o ordenamento doméstico **impuser**, para a solução do conflito, a aplicação alternativa do **critério cronológico** ("*lex posterior derogat priori*") ou, quando cabível, do **critério da especialidade. Precedentes.**

TRATADO INTERNACIONAL E RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR.

- O **primado** da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é **oponível** ao princípio **pacta sunt servanda, inexistindo**, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da **concorrência** entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá **sempre** prevalecer sobre os atos de direito internacional público. Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil - ou aos quais o Brasil venha a aderir - **não podem**, em consequência, **versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar**. É que, em tal situação, a **própria Carta Política** subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao **exclusivo** domínio normativo da lei complementar, que **não** pode ser substituída por **qualquer** outra espécie normativa infraconstitucional, **inclusive** pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno.

LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, DESDE QUE OBSERVADA A INTERPRETAÇÃO CONFORME FIXADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

- A **Convenção nº 158/OIT**, além de **depende** de necessária e ulterior intermediação legislativa para efeito de sua integral aplicabilidade no plano doméstico, **configurando**, sob tal aspecto, mera **proposta de legislação** dirigida ao legislador interno, **não** consagrou, como **única** consequência derivada da ruptura abusiva ou arbitrária do contrato de trabalho, o dever de os Estados-Partes, **como o Brasil**, instituírem, em sua legislação nacional, apenas a garantia da reintegração no emprego. **Pelo contrário**, a Convenção nº 158/OIT expressamente **permite** a cada Estado-Parte (**Artigo 10**) que, em função de seu próprio ordenamento positivo interno, **opte** pela solução normativa que se revelar

mais consentânea e compatível com a legislação e a prática nacionais, **adotando**, em consequência, **sempre com estrita observância do estatuto fundamental de cada País** (a Constituição brasileira, **no caso**), a fórmula da reintegração no emprego **e/ou** da indenização compensatória. Análise de **cada** um dos Artigos impugnados da Convenção nº 158/OIT (**Artigos 4º a 10**).

É importante dizer, ainda, que tal ADIN foi arquivada por perda de objeto, em face da denúncia da Convenção nº 158 da OIT, merecendo ser transcrita a referência a respeito da denúncia feita por Martins (2015, p. 212):

A Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional, em 2 de julho de 2008, rejeitou por 20 votos a 1 a ratificação do Brasil à Convenção nº 158 da OIT. A norma internacional, “ao estabelecer uma complexa burocracia nos procedimentos sem justa causa, é inibidora da abertura de novas vagas”.

Ora, a justificativa revela o motivo pelo qual até o presente momento não foi regulamentado o inciso I do art. 7º da CF/88, bem como demonstra a opção pela livre despedida arbitrária, sob a justificativa de possibilitar criação de novas vagas. Contudo, repita-se, tal não se sobrepõe à eficácia plena do inciso XXIX do art. 7º da CF/88.

3 A despedida na hipótese de empregados públicos x declaração da prescrição

Frise-se que o entendimento no sentido de que é possível a despedida arbitrária em se tratando de empregados públicos não prevalece atualmente, nos moldes do entendimento constante do seguinte acórdão proferido pelo C. STF em 2014:

20/03/2013 PLENÁRIO
RECURSO EXTRAORDINÁRIO 589.998 PIAUÍ
RELATOR: MIN. RICARDO LEWANDOWSKI
RECTE.(S): EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT
ADV.(A/S): GUSTAVO ESPERANÇA VIEIRA E OUTRO(A/S)
RECDO.(A/S): HUMBERTO PEREIRA RODRIGUES
ADV.(A/S): CLEITON LEITE DE LOIOLA
INTDO.(A/S): FEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE CORREIOS E TELÉGRAFOS E SIMILARES - FENTECT
ADV.(A/S): ROBERTO DE FIGUEIREDO CALDAS E OUTRO(A/S)
EMENTA: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS – ECT. DEMISSÃO IMOTIVADA DE SEUS EM-

PREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. RE PARCIALMENTE PROVIDO.

I - Os empregados públicos não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da CF, salvo aqueles admitidos em período anterior ao advento da EC nº 19/1998. Precedentes.

II - Em atenção, no entanto, aos princípios da impessoalidade e isonomia, que regem a admissão por concurso público, a dispensa do empregado de empresas públicas e sociedades de economia mista que prestam serviços públicos deve ser motivada, assegurando-se, assim, que tais princípios, observados no momento daquela admissão, sejam também respeitados por ocasião da dispensa.

III - A motivação do ato de dispensa, assim, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir.

IV - Recurso extraordinário parcialmente provido para afastar a aplicação, ao caso, do art. 41 da CF, exigindo-se, entretanto, a motivação para legitimar a rescisão unilateral do contrato de trabalho.

Ora, nesses casos tem-se que com muito maior força é de ser aplicado o entendimento dominante no TRT da 4ª Região, haja vista a proteção conferida ao vínculo empregatício e, via de consequência, a possibilidade de ingresso em juízo de tais empregados.

Ou seja, a aplicação do entendimento defendido pelos juízes Valdete Souto Severo e Jorge Luiz Souto Maior, rechaçado no TRT da 4ª Região, não tem espaço na hipótese de ação movida contra empresas públicas ou sociedades de economia mista.

Não se argumente que a Súmula 390 do TST denota a possibilidade de despedida arbitrária, uma vez que revela a ausência de estabilidade, que não se confunde com a necessidade de motivação da despedida na hipótese de empregado aprovado em concurso público:

SML 390 – ESTABILIDADE – ART. 41 DA CF/1988 – CELETISTA – ADMINISTRAÇÃO DIRETA, AUTÁRQUICA OU FUNDACIONAL – APLICABILIDADE – EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA E SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA – INAPLICÁVEL (CONVERSÃO DAS ORIENTAÇÕES JURISPRUDENCIAIS NS. 229 E 265 DA SBDI-I E DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL N. 22 DA SBDI-2 – RES. 129/05 – DJ 20.4.05)

I – O servidor público celetista da administração direta, autárquica ou fundacional é beneficiário da estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988. (ex-OJ n. 265 da SBDI-I – Inserida em 27.9.02 e ex-OJ n. 22 da SBDI-2 – Inserida em 20.9.00).

II – Ao empregado de empresa pública e sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988 (ex-OJ n. 229 da SBDI-I – Inserida em 20.6.01).

Conclusão

Com base nas reflexões feitas no decorrer do presente artigo, conclui-se que a negativa de declaração de prescrição quinquenal tempestivamente arguida, ao argumento da ausência de regulamentação do art. 7º, I da CF/88, não se sustenta, tendo em vista a aplicabilidade imediata do inciso XXIX do mesmo diploma legal.

Ainda, se constata que a construção teórica utilizada para não reconhecer a prescrição arguida pelo reclamado tem fundamentos relacionados às consequências de ingresso de ação trabalhista perante o mercado de trabalho atual, o que não se sobrepõe à aplicação de direito fundamental.

Outrossim, tem-se que o reconhecimento da aplicabilidade de direito fundamental prevalece em face de entendimentos de cunho ideológico, por mais relevantes e relacionados ao desenvolvimento de um país que sejam os argumentos.

Ou seja, a criação de interpretações tendentes a proteger determinados direitos carecedores de lei regulamentadora constitui espécie de ativismo judicial, que não encontra espaço no ordenamento jurídico vigente, especificamente no que concerne ao reconhecimento da prescrição quinquenal tempestivamente arguida em ação trabalhista.

Referências

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. São Paulo: Elsevier, 2004.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direitos Fundamentais Trabalhistas**. São Paulo: Atlas, 2015.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2003.

SEVERO, Valdete Souto; MAIOR, Jorge Luiz. **A garantia contra dispensa arbitrária como condição de eficácia da prescrição no curso da relação de emprego**. 2010. Disponível em: <<http://www.pelegrino.net.br/doutrina/ver/descricao/307>>. Acesso em: 6 dez. 2015.

A possibilidade da exclusão do condômino antissocial da propriedade horizontal

Felipe Costa Silveira

*Advogado da CAIXA em Santa Catarina
Pós-graduado em Direito Processual Civil pela
Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL*

RESUMO

A propriedade horizontal foi regulada pela Lei 4.591/64 antes de ser tratada pelo novo Código Civil. No primeiro diploma, o condômino que feria as regras do direito de vizinhança apenas era punido com sanções pecuniárias. No atual regramento legal, o legislador ordinário abriu implicitamente a assembleia de condôminos à possibilidade de decidir sobre a retirada do condômino nocivo por via judicial. Não é novidade no mundo jurídico a exclusão do condômino antissocial, tendo em vista que a sanção já é prevista em diversas legislações, por exemplo, na Alemanha e Suíça. A punição utiliza-se, como fundamento constitucional, do conceito de função social da propriedade que se contrapõe àquela definição da propriedade de caráter perpétuo e absoluto. A tranquilidade e o bem-estar da coletividade devem prevalecer sobre o direito de usar de maneira nociva a unidade autônoma.

Palavras-chave: Condômino antissocial. Propriedade horizontal. Exclusão. Parágrafo único do art. 1.337 do Código Civil de 2002.

ABSTRACT

The horizontal property was regulated by law 4.591/64 before being treated by the new Civil Code. In the first degree the joint owner who smote the rules of the neighborhood right was only punished with fines. In the current legal rules, the ordinary legislator implicitly opened the tenants meeting the possibility to decide on the removal of harmful joint owner through the courts. Unsurprisingly in the legal world the exclusion of antisocial joint owner, given that the sanction is already provided in various laws, such as Germany and Switzerland. The punishment is used as a constitutional basis the concept of social function of property which contrasts with the definition of the perpetuity of ownership and absolute. The tranquility and the

collective welfare must take precedence over the right to use a stand-alone unit or harmful way.

Keywords: Building antisocial. Horizontal property. Exclusion. Sole paragraph of art. 1.337 of the Civil Code of 2002.

1 O condômino e seu comportamento antissocial

A propriedade horizontal é um instituto dos direitos reais em que coexistem dois universos, quais sejam, a parte exclusiva e a parte comum, sendo o condômino o personagem que habita as duas atmosferas.

O legislador do Código Civil, observando a realidade peculiar que circunda o condomínio edilício, tratou de dispor dos direitos e deveres dos condôminos nos arts. 1.335 e 1.336.

Para viver em plena harmonia e equilíbrio social, devem-se estabelecer direitos e deveres aos titulares das unidades autônomas. Os condôminos devem respeitar os direitos dos demais condôminos, bem como observar os deveres impostos pela lei e convenção do condomínio. Calcada nesses dois pilares, a qualidade de vida na propriedade horizontal será preservada.

Porém, infelizmente não é isso que ocorre no dia a dia de milhares de condomínios em edifícios que existem no Brasil. Síndicos se deparam com frequência com condôminos que não respeitam a lei do silêncio; que utilizam suas unidades de forma a contrariar a destinação do condomínio; que reiteradamente deixam de pagar suas taxas; e outros tantos absurdos que ocorrem.

Foi analisando esse contexto e visando preservar a harmonia e o bem-estar da coletividade na propriedade horizontal que o legislador disciplinou, no parágrafo único do artigo 1.337 do Código Civil, a figura do condômino antissocial:

Art. 1.337. O condômino, ou possuidor, que não cumpre reiteradamente com os seus deveres perante o condomínio poderá, por deliberação de três quartos dos condôminos restantes, ser constrangido a pagar multa correspondente até ao quádruplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, conforme a gravidade das faltas e a reiteração, independentemente das perdas e danos que se apurem. Parágrafo único. O condômino ou possuidor que, por seu reiterado comportamento anti-social, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores, poderá ser constrangido a pagar multa correspondente ao quádruplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembléia.

Definir o conteúdo do conceito do condômino que pode ser considerado antissocial e sofrer as consequências que a lei impõe é um problema, tendo em vista que a expressão “condômino antissocial” é um dos vários exemplos de conceitos indeterminados que podemos extrair do novo Código Civil.

A Lei 10.406/02, seguindo o modelo do Código Civil alemão, optou por “um sistema composto por regras móveis, que, durante o transcorrer do tempo de sua aplicação, permite, pela via de sua interpretação, o seu constante aperfeiçoamento” (DELGADO, 2003, p. 395).

A comissão do projeto do novo Código Civil concluiu que não é possível nos dias atuais trabalhar com normas fechadas que impossibilitam ao ordenamento jurídico acompanhar a evolução dos fatos sociais.

Nery Junior e Nery (2002, p. 4) prelecionam que

a técnica legislativa moderna se faz por meio de conceitos gerais indeterminados e cláusulas gerais, que dão mobilidade ao sistema, flexibilizando a rigidez dos institutos jurídicos e dos regimentos do direito positivo.

Assim, o que seria um condômino antissocial?

Apesar de ser um conceito indeterminado, ou seja, ser uma expressão vaga, imprecisa e genérica, a expressão “condômino antissocial” pode ser delimitada pelo operador jurídico.

Foi o que fez Moran (1996, p. 268-269) ao definir o condômino nocivo como:

O co-proprietário de um imóvel instituído em regime de Condomínio em edifícios, cuja conduta, por ação ou omissão, prejudica a tranquilidade, o sossego, a saúde e o equilíbrio psíquico, social e econômico dos demais. [...] Considera-se nocivo não apenas o condômino que usa sua unidade autônoma e partes comuns de forma prejudicial ou danosa, mas também aquele cuja conduta perniciosa põe em risco o sossego, a salubridade e a segurança do condomínio, intranquilizando com seu comportamento os ocupantes das demais unidades autônomas.

Ao definir o condômino antissocial, Bernardo (2003, p. 88) afirma:

Não entra somente o morador que perturba o sossego dos demais, mas sim a reiterada falta de pagamento dos encargos, a provocação constante de barulho exces-

sivo, a prática de qualquer atividade ilícita ou libidinosa, maus tratos para com as pessoas que moram no condomínio e os funcionários, enfim, quem pratica atos contrários às regras estabelecidas pelo condomínio.

Para Lopes (2000, p. 148), são

peçoas de comportamento censurável, quando não insuportável, cuja presença no edifício constitui sério entrave à tranqüilidade da coletividade de condôminos.

Franco (1977, p. 457) conceitua o condômino antissocial como aquele

que, por seu comportamento, intranqüiliza os ocupantes das demais unidades autônomas. Casos há de extrema gravidade. São os vizinhos que atravessam a noite em festanças e algazarras; são crianças mal-educadas que infernizam todo mundo; são os 'músicos' que dão concertos, ainda nas horas mais impróprias.

Angélico (2005, p. 45), Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, define o condômino com comportamento antissocial como aquele que é

contrário às idéias, costumes ou interesses da sociedade; transgressor das regras da vida em sociedade e da moral social [...]. Aquele que torne insuportável a moradia aos demais ou que, por exemplo, trafique drogas.

Avvad (2004, p. 219) afirma:

Podemos classificar como 'comportamento anti-social' no condomínio um tipo de conduta que venha a atentar contra a moral e os bons costumes, ou que ponha em risco o bem-estar, o sossego, a segurança ou a saúde dos demais moradores. A incompatibilidade de convivência será fruto do constrangimento, intranqüilidade, mal-estar, sobressaltos e desconforto, reiteradamente causados aos demais moradores pela conduta do transgressor. Temos, portanto, que para tipificar a infração prevista na norma ora discutida, é indispensável relacionar causa e efeito, ou seja, que os atos que caracterizem a primeira sejam idôneos bastante a ocasionar determinada consequência.

São vários os atos que podem ser considerados nocivos ou antissociais. O critério utilizado para determinar se um ato prati-

cado é nocivo ou não será o do uso anormal da propriedade, ou seja, as condutas comissivas ou omissivas que prejudiquem a segurança, o sossego e a saúde dos demais condôminos.

Portanto, será considerado condômino antissocial aquele que utiliza de modo exclusivo a área comum; altera a fachada; exerce atividade profissional em imóvel residencial; mantém prostíbulo ou república de estudantes na sua unidade exclusiva; é inadimplente contumaz; assim como o que produz ruídos excessivos.

Sobre o tópico, prescreve a professora Moran (1996, p. 270; 272-273; 276):

As construções e modificações da coisa comum, que impliquem em uso nocivo, atentatório ao sossego, saúde e segurança dos demais condôminos, pondo em risco o conjunto de edificações, podem ser classificadas como atos ensejadores da exclusão do condômino ou ocupante responsável.

[...]

A violação da destinação do imóvel constitui infração à lei e à Convenção de Condomínio, podendo derivar em uso nocivo da propriedade sempre que representar prejuízo não apenas à segurança, sossego e salubridade dos demais condôminos, como desvalorização econômica do imóvel. Os imóveis destinados ao uso residencial não podem ter sua primitiva destinação alterada, transformando-se em edifícios de uso comercial, a não ser por decisão unânime dos co-proprietários.

[...]

Atos nocivos, no âmbito do condomínio em edifícios, são todos aqueles que, nas condições de vida da comunidade, despidos do caráter de normalidade, podem acumular, ainda, atributos de ilegitimidade e ilicitude. As festas em apartamentos, prolongadas pela madrugada, com algazaras, tumulto, infringem as normas de boa educação e atentam contra o direito à tranquilidade e sossego dos demais condôminos.

[...]

A inadimplência, por fim, tem sido causa de graves dissidências no seio dos condomínios, pois onera os demais condôminos, obrigados a suportar a carga econômica do inadimplente. A manutenção da coisa comum é dever imposto pelo artigo 12 da Lei n. 4.591/64 e deixar de pagar tais despesas constitui prática nociva.

Assim, aquele condômino que utiliza de maneira reiterada e de forma abusiva sua propriedade será considerado antissocial. Nos dizeres de Beviláqua (1956, p. 188), "se o incômodo excede

ao que é razoavelmente tolerável, segundo as circunstâncias, haverá mau uso da propriedade”.

2 A figura do condômino antissocial nos diversos ordenamentos jurídicos

Ao contrário do legislador tupiniquim, os legisladores de vários países não foram tímidos ao tratar a respeito da possibilidade da exclusão do condômino antissocial. Em diversos ordenamentos jurídicos encontramos a matéria disciplinada, por exemplo: no direito argentino, espanhol, alemão, suíço etc.

Analisando a legislação alienígena, observa-se que alguns ordenamentos optaram pela exclusão temporária do condômino nocivo, enquanto outros, pela sua exclusão definitiva.

O direito argentino e o direito espanhol são exemplos de legislações que possibilitam a exclusão temporária do condômino antissocial. No art. 15 da Lei 13.512/48, a lei argentina disciplinou a matéria como uma forma de punição ao condômino que violar as regras prescritas no art. 6º da mencionada lei.

O artigo 6º da Lei 13.512/48 impõe aos proprietários de imóvel em condomínio restrições recíprocas no uso de suas unidades autônomas. As normas preceituadas neste artigo devem ser estritamente observadas para assegurar o cumprimento das disposições convencionais, evitando-se os inconvenientes acarretados por um condômino nocivo. É, portanto, ‘proibido a cada proprietário e ocupante dos apartamentos ou pisos: a) destiná-los a usos contrários à moral ou bons costumes ou a fins distintos dos previstos no regulamento de co-propriedade e administração. b) perturbar com ruídos ou de qualquer outra maneira a tranquilidade dos vizinhos, exercer atividades que comprometam a segurança do imóvel, ou depositar mercadorias perigosas ou prejudiciais ao edifício’. (art. 6º da Lei 13.512/1948).

A lei pune as infrações aos ditames do artigo 6º da Lei 13.512 com sanções que vão, desde a pena de multa, até a prisão do culpado, chegando a autorizar o despejo de todo ocupante, não proprietário, que seja reincidente, sem prejuízo da faculdade judicial de empregar os meios necessários para lograr a cessação da infração.

O artigo 15 da lei 13.512 dispõe:

–‘Em caso de violação por parte de qualquer dos proprietários ou ocupantes, das normas do art. 6º, o representante ou os proprietários afetados formularão a denúncia correspondente perante o juiz competente e provada a transgressão em juízo sumaríssimo, impor-se-á ao culpado pena de prisão até vinte dias e multa em benefício do Fisco, de duzentos a cinco mil pesos.

- O juiz adotará ademais as disposições necessárias para que cesse a infração, podendo ordenar a inspeção do domicílio (allanamiento) ou o uso da força pública se for necessário.
- Sem prejuízo do disposto precedentemente, se o infrator for um ocupante não proprietário, poderá ser despejado em caso de reincidência. A ação respectiva poderá ser exercida pelo representante dos proprietários ou pelo proprietário afetado.
- A aplicação destas penas não obstará o exercício da ação civil ressarcitória que caiba ao proprietário ou proprietários afetados' (MORAN 1996, p. 58; p. 60).

Assim, as punições previstas são a de privativa de liberdade (arresto), que não pode ser superior a vinte dias; sanção pecuniária a favor do Fisco; ressarcimento de danos; e, por fim, despejo.

No direito espanhol é a Lei 49/60 que regula a matéria, mais precisamente o parágrafo 1º do artigo 19. Segundo o referido dispositivo, o Magistrado poderá excluir em até dois anos o condômino que violar as condutas prescritas no parágrafo terceiro do artigo 7º, o qual dispõe: É proibido ao proprietário e ao ocupante do pavimento praticar nele ou no resto do imóvel atividades não permitidas nos estatutos, danosas para a propriedade, imorais, perigosas, incômodas ou insalubres”.

O condômino privado do uso continua a ter que cumprir com suas obrigações condominiais, bem como poderá utilizar-se de algumas faculdades inerentes a seu direito, como, por exemplo, hipotecar, vender, permutar, arrendar, tendo em vista o caráter pessoal da punição de exclusão temporária.

No que tange à exclusão definitiva, a Alemanha e a Suíça são exemplos de países que adotam tal punição ao condômino antissocial. A lei de propriedade horizontal alemã de 1951 prescreve no seu parágrafo 18 a matéria referente à exclusão do condômino nocivo por infrações dos deveres previstos nos parágrafos 14 e 16 da referida lei.

O parágrafo 18, inciso 2º aponta como exemplo, a legitimar a exclusão do co-proprietário, a prática de infrações graves contra os deveres previstos no parágrafo 14 e atraso no pagamento das despesas comuns por mais de 3 (três) meses.
[...]

Os condôminos restantes, segundo o parágrafo 19, podem obter a alienação por via judicial; a sentença definitiva abre a possibilidade de pôr em marcha um procedimento de hasta pública ‘livre’ da propriedade, através de um notário – procedimento especialmen-

te regulado pelos parágrafos 53 a 58 da Lei de 15 de março de 1951 (MORAN, 1996, p. 88-89).

É através de uma deliberação preliminar com a decisão da maioria absoluta que se decide se será dado ou não início ao procedimento judicial para exclusão definitiva do condômino antissocial, sendo que o condômino infrator não participa do pleito que decide seu futuro em relação à propriedade horizontal.

No direito suíço, o Código Civil de 10 de dezembro de 1907, nos artigos 649 b e c, admite a exclusão definitiva do condômino nocivo que violar as normas do direito de vizinhança. O condômino antissocial é forçado a vender sua unidade autônoma, respeitando o direito de preferência dos demais condôminos.

A possibilidade da exclusão definitiva do condômino antissocial não fica restrita apenas aos ordenamentos do velho mundo. Em países como México e Guatemala, a punição de exclusão também é admitida.

Em alguns países, como a França e a Itália, a figura do condômino antissocial não foi regulamentada em suas legislações específicas. Contudo, alguns condomínios em edifícios colocaram em suas convenções cláusulas que permitiam tal punição ao condômino nocivo, tendo em vista que uma das funções da convenção é regulamentar a vida interna da propriedade horizontal.

Em virtude disso, condôminos franceses considerados de reiterados comportamentos antissociais procuraram o Poder Judiciário para declarar as cláusulas inválidas, pois para eles estavam lesando seu direito de propriedade.

Comentando esse ponto, Franco (1977, p. 458) escreveu:

Na França, os tribunais tiveram que decidir sobre cláusula padronizada que em certa época passou a constar das convenções de condomínio e que prescrevia, como sanção às infrações graves, a exclusão dos infratores através da alienação compulsória de sua unidade. Depois de algumas vacilações, os tribunais firmaram a tese da nulidade da cláusula, considerando-a contrária ao princípio de ordem pública consagrado pelo art. 545 do CC francês, segundo o qual ninguém pode ser constrangido a ceder sua propriedade, salvo por motivo de utilidade pública e mediante justa e prévia indenização.

Também colaciono as palavras de Moran (1996, p. 105):

O princípio de ordem pública da liberdade de disposição, em matéria de propriedade, consagrado no artigo 545 do Código Civil Francês serviu de fundamento

às decisões dos tribunais. Em face do citado artigo não se pode constranger ninguém a ceder sua propriedade, salvo por motivo de utilidade pública e mediante justa e prévia indenização.

Há um julgado célebre do Tribunal de Grenoble que bem ilustra a impossibilidade de exclusão do condômino nocivo no direito francês. Trata-se de condômino que utilizava sua unidade autônoma como ponto de prostituição, infração prevista na Convenção do edifício e punida com a exclusão do condomínio. O Tribunal Superior de Grenoble julgou inválida a cláusula convencional por entender que "o exercício do direito de propriedade só pode ser limitado pelas leis e regulamentos. Mesmo que a atividade não deixe qualquer dúvida, a prostituta não pode ser constrangida a vender seu apartamento a título de sanção, por ter infringido o regulamento da co-propriedade".

No direito italiano, apesar de não haver disposição expressa sobre a possibilidade da exclusão do condômino antissocial, a doutrina e a jurisprudência admitem essa sanção ao condômino nocivo.

Analisando esse ponto, Moran (1996, p. 123-124) teceu alguns comentários a seguir colacionados:

Não há, no direito italiano, lei que admita a exclusão do condômino nocivo. O que vimos até agora, nas lições transcritas da doutrina e da jurisprudência dos tribunais, demonstra que o regulamento do condomínio, aprovado por unanimidade, ou a Convenção instituída pelo proprietário originário ou (incorporador) do edifício, nos moldes da lei, seria o instrumento apto para impor a cláusula de exclusão do condômino nocivo à tranquilidade e segurança do condomínio.

A cláusula de exclusão, em face do ordenamento italiano, não seria nula, como se demonstrou, embora alguns acórdãos vedem acordos contratuais que possam restringir o direito de propriedade.

Assim, observa-se que o condômino antissocial não é uma inovação do direito brasileiro, muito menos a sua exclusão para manter a paz na vida do condomínio em edifícios.

3 A Lei 4.591/64 e o condômino antissocial

Baseada no trabalho de Caio Mário da Silva Pereira, foi publicada a lei 4.591/64 com o objetivo de preencher as lacunas do Decreto 5.481/28. Dividiu a matéria em sete capítulos.

Primeiramente, dispôs de forma geral sobre o instituto do condomínio em edificações, regulando a forma de instituição e constituição, as partes comuns, as unidades exclusivas e suas frações ideais (arts. 1º a 8º).

Nos arts. 9º a 11, tratou a respeito da convenção do condomínio, dispondo do quórum para aprovação e das normas que obrigatoriamente deverão constar no referido documento, assim como listou os atos que os condôminos estão proibidos de praticar e a forma de rateio dos tributos que incidem no condomínio em edificações.

Em seguida (art. 12) disciplinou as despesas do condomínio, sua forma de rateio, cobrança, sanções decorrentes da inadimplência, bem como gastos de obras do interesse comum.

Por fim, nos arts. 13 a 27, o legislador ordinário prescreveu sobre seguro, incêndio, demolição e reconstrução obrigatória, utilização da edificação ou conjunto de edificações, administração do condomínio e assembleia geral.

A referida lei foi objeto de aplausos por parte da doutrina, haja vista que regulou uma matéria para a qual o antigo Decreto não estava mais dando respostas frente aos fatos sociais que surgiam.

O diploma legal não tratou expressamente do personagem do condômino antissocial, porém dispôs em algumas normas a respeito de certas condutas que podiam ser consideradas nocivas e suas respectivas sanções.

Os conflitos decorrentes das relações de vizinhança e as punições aos condôminos considerados infratores foram tratados especificamente pela Lei 4.591/64 em três artigos, quais sejam, arts. 10, 19 e 21.

A lei foi moderada ao tratar dos possíveis conflitos de vizinhança, conflitos estes que decorrem de atos praticados por um condômino que causa incômodos e transtornos a um ou vários proprietários e ocupantes de outras unidades exclusivas.

Aplicava apenas uma multa àquele condômino que prejudica o sossego, a saúde e a tranquilidade dos demais condôminos, não disciplinando uma possível retirada daquele que reiteradamente utiliza de modo nocivo sua propriedade autônoma. Para o legislador ordinário, apenas a sanção pecuniária já bastava para fazer cessar o incômodo causado pelo condômino antissocial aos demais condôminos da propriedade horizontal; contudo, em muitos condomínios a punição pecuniária ao condômino de reiterado comportamento antissocial era ineficaz.

Nesse diapasão, colaciona-se trecho da obra de Franco (1977, p. 457), que bem delineava a questão:

Entre nós, a legislação nada contém de eficaz para coibir tais abusos. A lei n. 4.591, de 16-12-1964, que disciplina o condomínio em edifícios, limita-se a dizer, no art. 19, que o condômino tem direito a usar e fruir de sua unidade autônoma segundo as normas de boa vizinhança e de forma a não causar dano ou incômodo aos demais condôminos ou moradores. Mas não apresentou a solução para aqueles casos em que se tornam inócuas as advertências amigas, as reclamações educadas, as multas aplicadas pelo síndico e outras medidas suasórias.

Diante desse contexto, os síndicos começaram a indagar sobre a possibilidade da exclusão do condômino de reiterado comportamento antissocial da propriedade horizontal. A doutrina dividiu-se. Para alguns, diante da omissão da Lei 4.591/64, não se podia falar da mencionada punição. Porém, outros argumentavam que era necessária a exclusão para restabelecer a tranquilidade na vida do condomínio.

Advogando contra a ideia da retirada do condômino nocivo, estava o ilustre professor e desembargador aposentado Lopes (2000, p. 149). O autor preleciona:

Em verdade, nossa legislação não possui disposições reguladoras da exclusão do condômino nocivo, da alienação compulsória de sua unidade autônoma, da aplicação de interdições de direito etc.

Na Argentina, por exemplo, admite-se o seqüestro, pelo prazo de vinte dias, dos apartamentos cujos titulares procedam de forma nociva (art. 15).

No Uruguai, a lei autoriza o 'despejo' dos ocupantes nocivos (Lei 10.751/64, art. 11).

A legislação suíça contempla, de expresse, a possibilidade de exclusão do condômino autor de faltas graves e a venda judicial de sua unidade (CC, art. 649, b, introduzido pela Lei de 19.12.1963).

Entre nós, não existem disposições semelhantes, afigurando-se-nos inadmissível a aplicação de tais penalidades, presente a máxima *nulla poena sine lege*, analogicamente aplicada ao caso.

Porém, do outro lado da moeda, estavam Maria Regina Pagetti Moran e J. Nascimento Franco, que já admitiam a possibilidade de exclusão do condômino antissocial da propriedade horizontal, sustentando suas teses no conceito de função social da propriedade, no uso nocivo da propriedade, bem como no bem-estar social.

Segundo Franco (1977, p. 460):

O preceito constitucional que assegura o direito de propriedade não conflitará com a lei ordinária que prescrever a interdição temporária do uso, ou a alienação da unidade autônoma cujo titular cause intranquilidade à vida condominial. Isso porque aquele direito tem de ser exercido visando o bem-estar social, nunca para prejudicá-lo na sua realização prática. Aliás, os países cuja legislação autoriza o afastamento do condômino infrator das regras destinadas à preservação da harmonia nos edifícios de apartamentos também consagram o direito de propriedade, condicionando-o, todavia, ao bem-estar da coletividade.

Arremata o mencionado autor:

Rigorous em outros pontos, o legislador foi muito tímido ao regular a utilização do apartamento da porta para dentro. Contudo, para os abusos reiterados a punição eficaz é a exclusão definitiva do condômino ou, pelo menos, com a condenação de mudar-se para outro local, pois não é justo que o edifício seja afetado em seu bom nome e seus moradores forçados a suportar a presença de alguém cujo mau comportamento seja incompatível com a moralidade e os bons costumes (FRANCO, 2005, p. 246-247).

Moran (1996, p. 17), citando Jane de Castro, afirma:

Como proceder quando as advertências, reclamações e penas pecuniárias aplicadas são insuficientes para fazer cessar o comportamento nocivo? Conclui-se, diante da incontestável realidade dos fatos, que a Lei nº 4.591/64 “não acompanhou as transformações ocorridas nas estruturas econômicas e sociais do País, nos últimos vinte anos”, constituindo, o condomínio “grave problema de Ordem Social”.

Portanto, a divergência existente na doutrina fez com que alguns síndicos procurassem o Poder Judiciário para dar uma solução ao condômino de reiterado comportamento antissocial.

4 O posicionamento jurisprudencial quanto à possibilidade da exclusão do condômino nocivo na vigência da Lei 4.591/64

Alguns condomínios em edifícios, em face da omissão da Lei 4.591/64, procuraram o Poder Judiciário para punir, com a exclusão, aquele condômino que praticava reiteradamente atos nocivos à vida da coletividade, violando assim as regras de boa vizinhança.

Os fatos ocorridos no interior dos condomínios em edifícios acontecem independentemente da existência ou não de previ-

são legal, e, quando ocorre lesão ou ameaça a direitos de um ou mais condôminos, estes procuram no Judiciário uma resposta para que cessem os atos prejudiciais a seus direitos.

Na mesma exegese, são as palavras de Coelho (2003, p. 327):

Nesse contexto, é de destacar – como fez Recaséns Siches – que desde 1908, muito antes, portanto, de se abrirem os caminhos para o reconhecimento do papel criador da jurisprudência, o intuitivo Jean Cruet já dizia que o juiz, esse ‘ente inanimado’ de que falava Montesquieu, tem sido a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do direito novo contra as fórmulas caducas do direito tradicional, e que a sua participação no processo de renovação do direito é, em certo grau, um fenômeno constante, uma espécie de lei natural da evolução jurídica porque, nascido da jurisprudência, o direito vive pela jurisprudência e é por ela que, muitas vezes, nós o vemos evoluir sob uma legislação imóvel.

[...]

Nessa perspectiva, dadas as constantes e inevitáveis revoltas dos fatos contra os códigos e a natural inércia do legislador em ajustar as leis ao fluxo da história, torna-se evidente que incumbe essencialmente aos juízes encontrar as primeiras respostas para os novos problemas sociais, uma tarefa que eles só poderão cumprir a tempo e modo se forem capazes de questionar as idéias cristalizadas, encarar o futuro e trilhar novos caminhos, porque a chamada opinião dominante – chama-se ela senso comum dos juristas, *communis opinio doctorum* ou jurisprudência mansa e pacífica – longe de traduzir um consenso que se possa reputar verdadeiro, não raro consubstancia grandes e resistentes preconceitos coletivos, fruto de argumentos de autoridade ou de inércia mental, os quais, juntos ou separados, sabidamente esterilizam o pensamento e impedem os vãos mais arrojados.

Começaram a aparecer nos tribunais pedidos de exclusão dos condôminos que praticavam reiteradamente condutas antissociais, pois alguns doutrinadores, mesmo diante da omissão legislativa, advogavam pela punição de exclusão ao condômino nocivo.

Mesmo não existindo previsão expressa para a exclusão do condômino nocivo, coube aos Magistrados questionados a respeito da retirada dar uma resposta, tendo em vista que não poderiam deixar de julgar alegando lacuna na legislação, face o que prescreve o art. 126 do CPC.

No mesmo sentido, entende Franco (2005, p. 247-248):

Na falta de texto legal pertinente, cabe à jurisprudência supri-la. Foi o que fez o Juiz da 24ª Vara Cível de São Paulo, Dr. Luiz Pantaleão, que, atendendo ao requerido pelo síndico, em processo cautelar de interdição de uso de unidade autônoma, determinou a mudança imediata, sob pena de desalojamento por via policial, de inquilino que, violando a Convenção de Condomínio, perturbava a tranquilidade e a moralidade do edifício. A decisão, ao que me parece sem precedentes jurisprudenciais no país, pode ser a primeira etapa na busca de entendimento capaz de assegurar aos moradores em edifícios de apartamento o mínimo de silêncio, tranquilidade e respeito.

Por ser um tema extremamente polêmico, tendo em vista que a punição de exclusão do condômino nocivo vai de encontro há um dos principais dogmas do direito, ou seja, a propriedade, durante a vigência da Lei 4.591/64, havia Magistrados que entendiam não ser possível a retirada do condômino antissocial por ser o pedido juridicamente impossível. Foi o que decidiu o Desembargador J. Roberto Bedran, que manteve a decisão do juízo *a quo* (Desembargador Relator: J. Roberto Bedran. Apelação Cível. Nº: 112.574-4/5. Comarca: Campinas. Apelante: Condomínio Gêmeos. Apelado: o Juízo. São Paulo, 09 de maio de 2000).

Outro caso de retirada do condômino nocivo foi apreciado pela Magistrada Margarete da Graça Blank Miguel Spadoni, lotada na 20ª Vara Cível da Comarca de Cuiabá (MT), quando se deparou com o pedido de exclusão do condômino nocivo em uma ação de rito ordinário. Segundo a Juíza:

Rege a legislação brasileira o princípio de respeito pleno à propriedade, não se constituindo punição para seu mau uso a sua perda compulsória. Assim, inexistente base jurídica no pedido, posto que nem sequer os princípios gerais de direito nos quais a questão está inserida levam à conclusão almejada na ação. Isto posto e considerando tudo o mais que dos autos consta, julgo a ação improcedente (SPADONI *apud* NEHME, 2002, p. 49).

Diante de tais fatos, alguns juízes ousaram quando se depararam com o pedido de exclusão do condômino antissocial. Outros se utilizaram de argumentos frágeis para fugir de fatos que prejudicam toda uma coletividade de condôminos.

5 O tratamento dado pelo novo Código Civil ao condômino antissocial

Em 1969, no governo do Presidente Costa e Silva, o saudoso professor Miguel Reale recebeu do então Ministro da Justiça Luis Antonio da Gama e Silva a difícil missão de redigir o projeto do novo Código Civil Brasileiro.

Ao contrário dos trabalhos anteriores, em que coube a elaboração do projeto a um único autor, o ilustre Reale, sabendo da complexidade da sociedade contemporânea, dividiu os trabalhos entre seis grandes juristas: parte geral (José Carlos Moreira Alves), obrigações (Agostinho Arruda Alvim), direito de empresa (Sylvio Marcondes), direito das coisas (Erbert Chamoun), direito de família (Clovis do Couto e Silva) e sucessões (Torquato Castro).

Depois de muita discussão no meio jurídico e longa tramitação no Congresso Nacional, foi sancionada pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, tendo como princípios fundamentais a eticidade, socialidade e operabilidade.

Segundo Reale (2005, p. 37-38):

Procurou-se superar o apego do Código atual ao formalismo jurídico, fruto, a um só tempo, da influência recebida a cavaleiro dos séculos XIX e XX, do Direito tradicional português e da escola germânica dos pandectistas – aquele decorrente do trabalho empírico dos glosadores; esta dominada pelo tecnicismo institucional haurido na admirável experiência do Direito Romano.

Não obstante os méritos desses valores técnicos, não era possível deixar de reconhecer, em nossos dias, a indeclinável participação dos valores éticos no ordenamento jurídico, sem abandono, é claro, das conquistas da técnica jurídica, que com aqueles deve se compatibilizar.

Daí a opção, muitas vezes, por normas genéricas ou cláusulas gerais, sem a preocupação de excessivo rigorismo conceitual, a fim de possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juízes, para contínua atualização dos preceitos legais.

[...]

É constante o objetivo do novo Código no sentido de superar o manifesto caráter individualista da lei vigente, feita para um País ainda eminentemente agrícola, com cerca de 80% da população no campo.

Hoje em dia, vive o povo brasileiro nas cidades, na mesma proporção de 80%, o que representa uma alteração de 180 graus na mentalidade reinante, inclu-

sive em razão dos meios de comunicação, como o rádio e a televisão. Daí o predomínio do social sobre o individual.

Assim, com esse espírito, nasceu o novo Código Civil, com 2.046 artigos distribuídos entre a parte geral e especial, trazendo matérias anteriormente relegadas a leis extravagantes e inovando com a função social do contrato, desconsideração da personalidade jurídica etc.

No que tange ao condomínio em edifícios, o Novo Código Civil trouxe uma figura nova ao disciplinar o condômino antissocial no parágrafo único do art. 1.337.

Destarte, depois de muita luta de alguns doutrinadores, o legislador ordinário tratou especificamente do condômino nocivo ao estipular multa de dez vezes o valor das taxas condominiais ao condômino que pratica reiteradamente atos considerados antissociais, até posterior deliberação em assembleia.

Foi a primeira vez em toda a história da legislação condominial brasileira que se disciplinou a figura do condômino de comportamento antissocial, demonstrando, desta forma, a preocupação dos efeitos que certos atos geram em toda a coletividade da propriedade horizontal.

À primeira vista, analisando o parágrafo único do art. 1.337, tem-se a impressão de que a legislação civil brasileira pune apenas pecuniariamente o condômino de comportamento antissocial, contudo não é essa a interpretação correta do mencionado parágrafo, tendo em vista que o legislador ordinário deixou nas mãos da assembleia o futuro do condômino que praticou ato nocivo à vida condominial.

Bernardo (2003, p. 89-90) relata que

há entendimentos que interpretam a última frase do parágrafo único do artigo 1.337 como sendo uma abertura da possibilidade do condomínio determinar a desocupação do imóvel por parte de quem tenha o comportamento considerado anti-social.

Nesse sentido, Hajel (2003, p. 100-101):

O legislador, perante o novo Código Civil, chegou muito próximo, mas não ousou admitir expressamente a possibilidade de impedir que o condômino ou qualquer possuidor seja impedido de utilizar a unidade. No entanto, a doutrina, com base na filosofia no novo Código, tendo em vista o sentido social do direito de propriedade, propende para o sentido de que a permanência abusiva ou potencialmente perigosa de

qualquer pessoa no condomínio deve possibilitar sua exclusão mediante decisão assemblear, com direito de defesa assegurado, submetendo-se a questão ao judiciário.

Segundo o parágrafo único do artigo 1.337, o condômino que praticar reiteradamente atos antissociais será punido em dez vezes os valores das taxas condominiais até posterior deliberação em assembleia. Nota-se, pela redação do parágrafo, que a multa imposta ao condômino nocivo não possui caráter ressarcitório, mas sim punitivo, pois visa coibir novos atos praticados pelo condômino infrator.

Rizk (2005, p. 79-80) afirma:

Após reiterado comportamento anti-social, que impossibilite a convivência, podem os outros condôminos constranger o anti-social diretamente no exercício de seu direito de propriedade, impedindo-o de exercê-lo de forma plena. Através de deliberação da assembleia, pode ser determinado ao condômino problemático que se abstenha de exercer a faculdade de usar o bem.

A aplicação da sanção pela assembleia deve observar princípios como o devido processo legal, contraditório e ampla defesa, tendo em vista as consequências de tal punição. Foi o que ressaltou o Tribunal de Justiça de Minas Gerais ao julgar a aplicação da pena pecuniária ao condômino antissocial:

EMENTA: CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO - CERCEAMENTO DE DEFESA - INDEFERIMENTO DE PROVA - PRECLUSÃO TEMPORAL - SENTENÇA NÃO-CONDENATÓRIA - FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS - APLICAÇÃO DE MULTA - CONDUTA ANTI-SOCIAL DO CONDÔMINO - NECESSIDADE DE DELIBERAÇÃO PELA ASSEMBLÉIA GERAL - GARANTIA DA AMPLA DEFESA.

- Se a parte não se insurge contra a decisão que indefere a prova testemunhal por ela requerida, deixando de interpor o recurso cabível, preclui o seu direito de fazê-lo, não havendo que se falar em cerceamento de defesa depois de proferida a sentença.

- Se a sentença não tem natureza condenatória, o magistrado deve fixar os honorários com observância ao § 4º do artigo 20 do CPC, não ficando adstrito, por tais razões, aos limites percentuais previstos no § 3º do mesmo dispositivo, ainda que requeridos na peça exordial.

- Muito embora a leitura do artigo 1.337 do atual Código Civil possa indicar a possibilidade de aplicação sumária da multa ao condômino que pratica reiterada conduta anti-social, sem a necessidade de delibe-

ração da Assembléia Geral, tal se justificaria apenas em casos urgentes, em que a aplicação da pena se impõe de imediato, não se podendo olvidar, ainda, a necessidade de se oportunizar ao condômino penalizado a ampla defesa e o contraditório.

(Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Sexta Câmara Civil. Apelação Cível. Nº: 449.657-5. Comarca de Belo Horizonte. Apelante: Condomínio do Conjunto Kubitschek. Apelado: Edésio José Câncio da Cruz. Desembargador Relator: Elias Camilo. 03/03/2005).

Desta forma, a expulsão do condômino antissocial deve seguir alguns procedimentos, um extrajudicial e o outro judicial. O primeiro deles é a verificação por parte do condomínio da prática reiterada de condutas antissociais pelo condômino infrator. Verificada a prática dos atos nocivos, deve a coletividade condominial aplicar a sanção pecuniária, respeitando o contraditório e a ampla defesa, e posteriormente, caso não ocorrer a interrupção da conduta nociva, levar a questão para assembleia que deverá por votação de três quartos decidir pela expulsão do condômino antissocial.

Caso seja aprovada a punição, o síndico, como representante da coletividade, deverá notificar extrajudicialmente o condômino antissocial para que cesse com os atos considerados nocivos, sob pena de ser instaurado um processo judicial visando à sua expulsão do condomínio em edifício. Assim, caso o condômino antissocial continue a praticar condutas nocivas, o condomínio poderá requerer sua expulsão da propriedade horizontal.

A respeito desse tema, Moran (1996, p. 325-326) preleciona:

A viabilidade da pretensão comunitária à exclusão do condômino nocivo imediatiza-se mediante a concorrência de três requisitos extraprocessuais, cuja concorrência é necessária para sua admissibilidade e eficácia.

O primeiro requisito consiste na execução, reincidente, de uma atividade ilícita, incômoda, perigosa ou insalubre, ou embora lícita, proibida pela Convenção de Condomínio, com caráter persistente, incluída a falta de pagamento das despesas para manutenção e conservação do condomínio.

Trata-se de requisito de caráter material, consistente na infração cometida tanto pelo próprio titular, como pelas pessoas que dele dependam familiar, profissional ou economicamente e que também ocupem a unidade autônoma.

O segundo requisito é integrado pela decisão majoritária, adotada em Assembléia Geral Extraordinária, especialmente convocada, pelo voto mínimo de condôminos que representem 2/3 (dois terços) do to-

tal das frações ideais do condomínio. A Assembléia deverá, previamente, determinar a notificação prévia do infrator para que cesse o exercício das atividades ilícitas ou vedadas pelos Estatutos do Condomínio e, uma vez inoperante a notificação, autorizar contra este o exercício das medidas judiciais para a exclusão definitiva do condomínio.

O terceiro requisito, de natureza eminentemente formal, consistirá na prática da própria notificação ao infrator para que cesse, dentro do prazo que se lhe assinala, a realização das atividades vedadas pela lei e pela Convenção de Condomínio, cientificando-o de que exercitar-se-ão contra ele as ações judiciais se não cessar as atividades proibidas.

Muito embora a autora supramencionada entenda que o quórum para deliberação da expulsão do condômino antissocial seja de dois terços do total das frações ideais, o novo Código Civil foi claro quando dispôs no caput do art. 1.337 o número de condôminos necessários para aplicar a punição.

Cumpre ressaltar que o índice não é aplicado em relação a todos os condôminos do condomínio em edifícios, mas sim em relação aos condôminos presentes na assembleia.

É o que preleciona Angélico (2005, p. 117-118):

Examinando-se a intenção do legislador, percebe-se seu afastamento do que denominamos de quórum qualificado, pois o quórum estabelecido para aplicação das multas colima facilitar as autuações, uma vez que apenas nos casos das multas aos infratores, inadimplentes, e anti-sociais, o legislador da nova lei civil se utiliza da expressão 'condôminos restantes' valendo dizer que se trata de condôminos presentes à assembléia, quer em primeira ou segunda convocação, levando-se em conta unicamente os condôminos presentes, eventualmente excluindo-se, como número, a presença do condômino a ser ou não penalizado, se este estiver presente, já que não lhe cabe votar, apenas se defender se quiser, no ato assemblear.

Então, cuida a lei tão-somente dos condôminos restantes, excluindo o condômino a ser penalizado.

Assim, não se trata para aplicação da multa de quórum qualificado. Não se cogita de percentual de fração ideal, nem mesmo de qualquer percentagem de condôminos quanto ao condomínio, mas apenas aos condôminos presentes, quer em primeira ou segunda convocação assemblear.

Bem se vê que o legislador do Novo Código Civil pretendeu facilitar a aplicação das novas multas criadas.

Por ser uma punição muito cruel, devem os demais condôminos ser muito cautelosos na aplicação da expulsão do

condômino de comportamento antissocial, tendo em vista que caberá ao Magistrado intervir nos autos quando se deparar com situações em que a exclusão está sendo utilizada de maneira diversa da previsão legal, ou seja, perseguição pessoal do síndico a qualquer condômino.

Comentando a respeito da possibilidade da retirada do condômino nocivo, adverte Hajel (2003, p. 101):

deve-se atentar para um especial cuidado do julgador diante do caso concreto, pois encontra-se em jogo dois interesses: direito individual do proprietário e o direito do condomínio coletivo.

Deve-se ressaltar que a penalidade da exclusão do condômino de reiterado comportamento antissocial poderá vir expressa na convenção do condomínio, porém desde que observe todos os pontos anteriormente mencionados. É o que dispõe o inciso IV do art. 1.334 do Código Civil:

Art. 1.334. Além das cláusulas referidas no art. 1.332 e das que os interessados houverem por bem estipular, a convenção determinará:

[...]

IV- as sanções a que estão sujeitos os condôminos, ou possuidores.

A convenção do condomínio como ato-regra das relações internas tem o poder de instituir tais cláusulas, pois sua natureza jurídica não é de associação nem tampouco contratual, mas sim institucional, alcançando todos os que ingressarem no condomínio, e não apenas os seus signatários.

Desta feita, nos dias de hoje, a exclusão do condômino de reiterado comportamento antissocial deixou de ser uma promessa e virou realidade. Independentemente de estar ou não na convenção do condomínio, a retirada do condômino nocivo é uma sanção que está de acordo tanto com a legislação civil quanto constitucional e foi o que decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

Apelação cível. Condomínio edifício vertical. Preliminar. Intempestividade. Inocorrência. Apelo interposto antes da decisão dos embargos. Ratificação. Desnecessidade. Exclusão de condômino nocivo. Limitação do direito de uso/habitação, tão-somente. Possibilidade, após esgotada a via administrativa. Assembleia geral realizada. Notificações com oportunidade do contraditório. Quórum mínimo respeitado (3/4 dos condôminos). Multa referente ao

décuplo do valor do condomínio. Medida insuficiente. Conduta antissocial contumaz reiterada. Graves indícios de crimes contra a liberdade sexual, redução à condição análoga a de escravo. Condômino que aliciava candidatas a emprego de domésticas com salários acima do mercado, mantendo-as presas e incomunicáveis na unidade condominial. Alta rotatividade de funcionárias que, invariavelmente saíam do emprego notificando maus tratos, agressões físicas e verbais, além de assédios sexuais entre outras acusações. Retenção de documentos. Escândalos reiterados dentro e fora do condomínio. Práticas que evoluíram para investida em moradora menor do condomínio, conduta antissocial inadmissível que impõe provimento jurisdicional efetivo. Cabimento. Cláusula geral. Função social da propriedade. Mitigação do direito de uso/habitação. Dano moral. Não conhecimento. Matéria não deduzida e tampouco apreciada. Honorários sucumbenciais fixados em R\$ 6.000,00 (seis mil reais). Manutenção. Peculiaridades do caso concreto. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJPR, AC.957743-1, 10ª Câmara Cível, Rel. Arquelau Araujo ribas, j. 13/121/2012, p. 22/01/2013)

No mesmo sentido foi a conclusão da V Jornada de Direito Civil da CJP:

Enunciado 508-CJP: Verificando-se que a sanção pecuniária mostrou-se ineficaz, a garantia fundamental da função social da propriedade (arts. 5º, XXIII, da CRFB e 1.228, § 1º, do CC) e a vedação ao abuso do direito (arts. 187 e 1.228, § 2º, do CC) justificam a exclusão do condômino antissocial, desde que a ulterior assembleia prevista na parte final do parágrafo único do art. 1.337 do Código Civil delibere a propositura de ação judicial com esse fim, asseguradas todas as garantias inerentes ao devido processo legal.

6 O amparo constitucional para a retirada do condômino antissocial

Quando se fala da possibilidade de excluir o condômino antissocial da propriedade horizontal, primeiro ponto levantado por muitos é o direito de propriedade do condômino penalizado, ou seja, o direito que este tem de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha (art. 1.228, "caput" do CC).

Para esses, o direito à propriedade é inviolável como os direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança (art. 5º, "caput" da CF/88). A interpretação que entende possível a ex-

clusão do condômino “é errônea e seria forçar muito uma situação de expulsão, vez que o direito de propriedade é assegurado pela Constituição” (BERNARDO, 2003, p. 90).

Analisando a evolução histórica do direito de propriedade, nota-se que esta foi vista de forma diversa nos diferentes períodos. Da Antiguidade à Idade Contemporânea, a propriedade foi um dos principais temas discutidos pelos pensadores, sofrendo consequentemente transformações em seu conceito.

No próprio direito romano, já se depara com a transformação ocorrida no direito de propriedade, que inicialmente era um direito individualista e soberano e aos poucos foi dando espaço para o seu lado social.

Citando Cretella Junior, a professora Cavedon (2003, p. 12-13) preleciona:

A concepção de Propriedade, no Direito Romano, não permaneceu estática, mas se modificou ao acompanhar a evolução política, social e cultural, que refletiu sobre as normas jurídicas dando-lhes um sentido mais social. CRETELLA JUNIOR aponta que a Propriedade Romana passa por uma evolução que vai da Propriedade caracterizada pela noção individualista até uma concepção marcada pelo caráter social. Destaca que o Direito de Propriedade “(...) sofreu inúmeras transformações no longo período em que vigorou o Direito romano, a partir da antiga concepção, poder ilimitado e soberano, profundamente individualista, até a concepção justinianéia, arejada por um novo e altruísta sentido social”.

Conforme CRETELLA JUNIOR, o Direito Romano entendia, inicialmente, a Propriedade como o direito de usar, fruir e abusar, como poder absoluto e total do proprietário sobre a coisa, oponível *erga omnes*, e que lhe conferia, inclusive, o poder de destruí-la, com base no *jus abutendi*, sem considerar os prejuízos causados à coletividade, ou a utilidade social da coisa. Neste sentido, aponta que “não interessa ao romano dos primitivos tempos o que possa acontecer com a coisa, nem os danos que sua destruição possa ocasionar ao vizinho ou à coletividade. A Propriedade tem um sentido personalíssimo, individualista”.

Mas a Propriedade no Direito Romano vai sofrendo transformações até adquirir conotação social, não se permitindo o uso que atingisse a Propriedade e os direitos de outrem. Sintetizando o entendimento da Propriedade no Direito Romano, CRETELLA JUNIOR esclarece que “o traço individualista dos primeiros tempos vai sofrendo contínuas atenuações, cedendo lugar à penetração do elemento social. Do individual para o social – eis o sentido inequívoco do Direito de Propriedade, no império romano”.

Durante a Idade Média, quando predominava o modo de produção feudal, a propriedade tinha como marco a multiplicidade e o desmembramento do domínio. “O regime feudal caracteriza-se pela forma não exclusiva de Propriedade e pela sobreposição de direitos: de um lado, o senhor e de outro, o rendeiro” (CAVEDON, 2003, p. 13; 16).

Na Idade Moderna, com o surgimento da burguesia, voltou-se à concepção individualista do direito de propriedade.

Segundo Cavedon (2003, p. 20),

essa concepção individualista do Direito de Propriedade tem a sua fundamentação nos ideais burgueses marcados pela idéia da prioridade da liberdade individual e sua proteção contra a intervenção arbitrária do Estado, que formaram a base ideológica da Revolução Francesa.

Porém, na Idade Contemporânea o lado social do direito de propriedade começou a falar mais alto. A ideia liberal da propriedade foi revista, pois os interesses privados de maneira nenhuma poderão prejudicar o bem comum.

A função social deixou de ser apenas construção doutrinária para vir esculpida nas Constituições de vários países, inclusive no Brasil. A propriedade deverá ser exercida de forma a atender sua função social.

Leon Duguit foi o autor que trabalhou com a ideia da função social da propriedade que está hodiernamente inserida nos ordenamentos jurídicos contemporâneos.

Comentando a teoria de Duguit, Cavedon (2003, p. 50-51) afirma:

A propriedade é marcada por dupla função: satisfazer às necessidades particulares de seu possuidor e às necessidades sociais da coletividade. O que DUGUIT pretende não é um retorno às formas coletivistas ou a implantação de qualquer forma de socialismo, mas a conciliação da satisfação dos interesses individuais do proprietário com os interesses da coletividade. É por tal razão que a condição de proprietário é caracterizada como um poder-dever, ou seja, o poder de fazer uso de seus bens e riquezas conforme os seus interesses e necessidades, e o dever de adequar tal uso aos interesses e necessidades da Sociedade na qual está inserido. A propriedade não é um direito subjetivo, mas uma Função Social; o proprietário não tem um direito, mas um poder-dever.

Desta feita, a exclusão do condômino nocivo não fere o direito de propriedade do infrator/excluído, tendo em vista que

há muito tempo o direito de propriedade deixou de ser um direito ilimitado, irrestrito e perpétuo, para ser um direito que deve atender a função social.

O proprietário da unidade autônoma tem o poder de usar, gozar e dispor de sua propriedade exclusiva, desde que não viole o seu dever de respeitar os interesses e necessidades do condomínio em que está inserido.

Moran (1996, p. 213), citando Sá Pereira, afirma que “a propriedade é fenômeno social por excelência, ‘não pode ser concebida senão dentro da sociedade, sujeita às condições do meio ambiente, às ações e reações, que constituem o ritmo da evolução geral’.”

Ao mesmo tempo em que a Constituição assegurou o direito de propriedade (art. 5º, XXII), ela determinou que este deverá ser exercido de maneira que atenda a função social (art. 5º, XXIII).

Nota-se, assim, que o direito civil, como os demais ramos do direito, sofreu um processo de constitucionalização, ou seja, cada vez mais conceitos importantes das diversas áreas jurídicas estão sendo trabalhados na Lei Maior.

Prelecione Reale (2005, p. 262):

Os cultores da Ciência Jurídica têm observado que, nas últimas décadas, os conceitos fundamentais do Direito Civil vêm sendo estabelecidos, prioritariamente, no texto mesmo das constituições, o que leva a se falar na ‘constitucionalização do Direito Civil’. Esse fato é da maior importância para o processo da democratização do país, tendo o insigne Pontes de Miranda salientado que ‘a passagem dos direitos e liberdades às constituições representa uma das maiores conquistas políticas da invenção humana, invenção da democracia’.

Seguindo essa corrente, o novo Código Civil transportou a ideia da função social da propriedade para diversos tópicos do Livro do direito das coisas. É o que se depara na leitura do § 1º do art. 1.228.

Segundo Reale (2005, p. 28-29):

O mesmo sentido social do Direito domina, também, todo o Livro III do Projeto aprovado pela Câmara e pertinente ao Direito das Coisas, desde o de propriedade, que “deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais” (art. 1.229, § 1º), até ao novo conceito de “posse” (art. 1.239 e ss.), que deixa de ser visualizada apenas como detenção física da coisa, para se levar em conta a sua destinação

social para fins de lavoura ou moradia, caso em que o prazo de usucapião sofre redução substancial.

Assim, aquele condômino que utiliza a unidade exclusiva de maneira a prejudicar o sossego, a tranquilidade e a saúde dos demais condôminos não pode permanecer no condomínio, já que com esses comportamentos ele não está atendendo a função social da propriedade, ou seja, está ferindo os interesses sociais e coletivos da vida condominial.

Moran (1996, p. 221; 230) conclui:

O direito de propriedade, no entanto, não pode mais ser definido como fizeram PLANIOL, AUBRY e RAU, GIANTURCO e LAFAYETTE. A propriedade tem uma função social; nada tem de absoluto, no sentido de irrestrito, podendo ser sacrificada ou modificada onde quer que surja a necessidade de atender aos interesses gerais ou da coletividade.

[...]

A função social, na verdade, modifica o esquema tradicional de livre atribuição do titular do direito de propriedade. Isto a partir do momento em que o ordenamento prevê que o exercício dos poderes atribuídos ao proprietário não seja voltado unicamente à satisfação de interesses individuais, mas às exigências gerais da coletividade.

Conclusão

O Código Civil de 2002 pôs fim à discussão que existia na vigência da Lei 4.591/64 sobre a possibilidade da exclusão do condômino antissocial da propriedade horizontal.

De acordo com o parágrafo único do art. 1.337, é permitida a retirada do condômino que pratica reiteradamente atos que prejudicam a tranquilidade, o sossego e a saúde dos demais condôminos, sob o fundamento de que o titular do direito de propriedade deve exercê-lo de maneira que atenda sua função social e o bem-estar da coletividade que o cerca.

Verificada a prática reiterada de condutas antissociais, após a observância do contraditório e da ampla defesa poderá ser aplicada a sanção pecuniária correspondente ao décuplo das taxas de condomínio e, posteriormente, caso não ocorra a interrupção da conduta nociva, a assembleia poderá, por votação de três quartos, decidir pela expulsão do condômino antissocial.

Aprovada a exclusão, caberá ao síndico comunicar o condômino apenado para que interrompa as condutas nocivas, sob pena de instauração de processo judicial para sua exclusão.

Referências

- ANGÉLICO, Américo Izidoro. **Condomínio no novo Código Civil**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.
- AVVAD, Pedro Elias. **Condomínio em edificações no novo Código Civil comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- BERNARDO, Fabrício. **Condomínio e Condômino no Novo Código Civil**. São Paulo: RCN, 2003.
- BEVLÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. Rio de Janeiro: Forense, 1956.
- CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função social e ambiental da propriedade**. Florianópolis: Visualbooks, 2003.
- COELHO, Inocêncio Mártires. O novo Código Civil e o seu complemento pela jurisprudência. ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto. **Aspectos Controvertidos do novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 325-334.
- DELGADO, José Augusto. O Código Civil de 2002 e a Constituição Federal de 1988. Cláusulas gerais e conceitos indeterminados. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto. **Aspectos Controvertidos do novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 393-420.
- FRANCO, J. Nascimento. **Condomínio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- FRANCO, J. Nascimento. Condômino nocivo à tranquilidade (exclusão) In: Rubens Limongi França (coord.). **Enciclopédia Saraiva do Direito**. v. 17. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 457-460.
- HAJEL, Flávia Nassif Jorge. Regras de convivência do condomínio edilício. **Revista Jurídica da Universidade de Franca**, Franca, v. 10, p. 98-101, jan./jun. 2003.
- LOPES, João Batista. **Condomínio**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MORAN, Maria Regina Pagetti. **Exclusão do condômino nocivo nos condomínios em edifícios: teoria, prática e jurisprudência**. Leme: LED Editora de Direito, 1996.
- NEHME, Jorge Elias. Tutela de exclusão do condômino nocivo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 806, p. 44-51, dez. 2002.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Novo Código Civil e Legislação extravagante anotados**. São Paulo: RT, 2002.

Direito de família e casamento monogâmico. O amor excluindo a fidelidade recíproca como dever jurídico. Interdisciplinaridade na economia, filosofia e psicanálise

Gouvan Linhares Lopes

*Advogado da CAIXA em Fortaleza/CE
Especialista em Direito Público e Privado
Graduado em Economia, Filosofia e Psicologia*

Floriano Benevides de Magalhães Neto

*Advogado da CAIXA em Fortaleza/CE
Especialista em Direito Privado
Graduado em Economia*

RESUMO

Objetiva o presente artigo analisar os limites do Direito de Família na proteção do casamento monogâmico e da família como base da sociedade ao estabelecer no art. 1.566, I do Código Civil de 2002 o dever de fidelidade recíproca. Busca-se compreender, a partir da interdisciplinaridade com a economia, filosofia e psicanálise, como a concepção de homem pelo direito até a pós-modernidade influenciou a formação do Estado e o regramento do casamento, que é uma relação jurídica baseada não apenas no vínculo legal mas também afetivo, assim como a eficácia desse comando legal. Na análise dos limites do direito na proteção da família, aborda-se como a pós-modernidade, a partir da garantia constitucional da liberdade de pensamento e de informação, estimula uma incessante busca de prazer no homem, comprometendo a eficácia do dever de fidelidade, pois o outro se torna mero objeto de satisfação e consumo, no chamado amor líquido, ao contrário do amor prático, que exclui a fidelidade recíproca como dever. Nesses termos, a multiplicidade de formas de viver e de prazer como um ideal de felicidade contraria a finalidade da norma jurídica do casamento monogâmico como base da família, gerando angústia diante da quantidade de escolhas a serem feitas, fragilizando essa relação jurídica que se baseia na permanência do afeto entre as partes.

Palavras-chave: Direito de Família. Casamento. Fidelidade. Limites do Direito.

ABSTRACT

Objective this article analyze the limits of the Family Law on marriage protection and monogamous family as the basis of society by establishing the art. 1566, I of the Civil Code of 2002 the duty of mutual fidelity. Try to understand, from the interdisciplinary approach to economics, philosophy and psychoanalysis, as the design of man the right to post-modernity influenced the formation of the state and the wedding regramento, which is a legal relationship based not only on bond cool but also affective, as well as the effectiveness of this legal command. In analyzing the law limits the protection of the family, it discusses how postmodernity, from the constitutional guarantee of freedom of thought and information, encourages a relentless pursuit of pleasure in humans, compromising the effectiveness of the duty of loyalty, because the other becomes a mere object of satisfaction and consumption, the so-called liquid love, unlike the practical love, which excludes mutual fidelity as a duty. In these terms, the multiplicity of ways of living and pleasure as an ideal of happiness contrary to the purpose of the legal norm of monogamous marriage as the basis of the family, generating anxiety on the amount of choices to be made handicapping this legal relationship which is based on permanence of affection between the parties.

Keywords: Family Law. Marriage. Faithfulness. Limits of law.

Introdução

O homem ao nascer dentro de uma sociedade submete-se a um processo civilizatório que regula, através de diversas regras de conduta, seu comportamento externo, nas suas interações com o mundo e o outro, assim como na maneira de satisfazer seus desejos e necessidades.

As paixões, interesses e instintos humanos são barrados pelas regras de conduta religiosas, morais, jurídicas e sociais, que regulam a vida social, permitindo a estabilidade da sociedade e das suas instituições no processo civilizatório, conforme as lições de Bobbio (2014, p. 26):

o fenômeno da normatividade nos aparecerá de modo não menos impressionante e ainda mais merecedor da nossa reflexão. A história pode ser imaginada como uma imensa corrente fluvial represada: as barragens são as regras de conduta, religiosas, morais, jurídicas, sociais, que detiveram a corrente das paixões, dos interesses, dos instintos, dentro de certos limites, e que permitiram a formação daquelas sociedades estáveis, com as suas instituições e com os seus ordenamentos, que chamamos de "civilização".

Entre as várias instituições que permitem a estabilidade social, destaca-se a instituição da família e do casamento e suas respectivas regras de conduta religiosas, morais, jurídicas e sociais que barram as paixões e instintos humanos, através do dever de fidelidade recíproca no casamento.

Quanto às regras jurídicas, o Código Civil de 2002, como um complexo de normas do Direito de Família, ordena no casamento as relações de convivência dos cônjuges ligados pelo afeto, estabelecendo às partes (art. 1.565) seus direitos e deveres (art. 1.566), finalidade de uma comunhão plena de vida (art. 1.511) e motivos de impossibilidade dessa comunhão (art. 1573) como sanção.

Barrando as paixões e instintos, estabelece citada norma jurídica o dever de fidelidade (art. 1.566, I, CC/2002), cujo descumprimento da norma é o adultério (art. 1.573, I, CC/2002) a ensejar a sanção e caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida.

Ocorre que, na sociedade atual, chamada de pós-moderna, os valores familiares e do casamento monogâmico, tutelados pela norma jurídica através do dever de fidelidade (art. 1.566, I, CC/2002) e respectiva sanção, são questionados e sofrem interferência dos meios de comunicação, que não sofrem quaisquer censura, frente à garantia constitucional da liberdade de comunicação (art. 220 CF/88), que envolve a liberdade de manifestação do pensamento, de expressão e de informação (art. 5º, IV, IX e XIV, CF/88 respectivamente).

Instrumentos das liberdades constitucionais citadas, os meios de comunicação estimulam a busca imediata de prazeres que contrariam a norma jurídica e a sanção respectiva decorrente do seu descumprimento.

Tal fato enseja uma divergência entre o que prescrevem as normas jurídicas e as regras de condutas (religiosas, morais e éticas) quanto ao comportamento de fidelidade e ao descumprimento desse dever, que é o adultério, assim como quanto à sanção correspondente, que é a ruptura da vida em comum.

Portanto, há um descompasso entre os valores insculpidos na norma jurídica e a realidade vivida pelas pessoas em seu cotidiano, que compromete a eficácia da norma jurídica, ensejando a problematização do direito, objeto de reflexão deste trabalho.

1 A filosofia e a problematização do direito: eficácia da norma

O objetivo da filosofia do direito é problematizar, segundo Cretella Junior (2007, p. 4): “Problematizar o Direito – eis o objetivo da filosofia do Direito”.

Nesse passo, a filosofia do direito, segundo Bobbio (2014, p. 53), sempre se ocupou dos três problemas fundamentais da norma jurídica, que são a justiça, a validade e a eficácia: “Pode-se inclusive sustentar que os três problemas fundamentais, de que tradicionalmente se ocupa e sempre se ocupou a filosofia do direito, coincidem com as três qualificações normativas da justiça, da validade e da eficácia”.

A reflexão em estudo é exatamente quanto à eficácia da norma jurídica, ou seja, quanto à aplicação de seu comando, no caso, do dever de fidelidade no casamento, base do casamento monogâmico tutelado pelo direito que envolve o comportamento do homem em sociedade e dos seus interesses contrastantes, de acordo com Bobbio (2014, p. 53):

O problema da eficácia nos leva ao terreno da aplicação das normas jurídicas, que é o terreno dos comportamentos efetivos dos homens que vivem em sociedade, dos seus interesses contrastantes, das ações e reações frente à autoridade, dando lugar às investigações em torno da vida do direito.

Diante do quadro apresentado, o presente trabalho, como a seguir demonstrado, parte da reflexão do fato casamento e culmina com o estudo e eficácia da norma (art. 1.566, I, CC/2002), de acordo com a teoria tridimensional de Reale (1994, p. 120, sublinhas nossas), que visa disciplinar a relação jurídica em questão:

O Direito é sempre fato, valor e norma, para quem quer que o estude, havendo apenas variação no ângulo ou prisma de pesquisa. A diferença é, pois, de ordem metodológica, segundo o alvo que se tenha em vista atingir. E o que com acume Aristóteles chamava de “diferença específica”, de tal modo que o discurso do jurista vai do fato ao valor e culmina na norma; o discurso do sociólogo vai da norma para o valor e culmina no fato; e, finalmente, nós podemos ir do fato à norma, culminando no valor, que é sempre uma modalidade do valor do justo, objeto próprio da Filosofia do Direito.

Vejamos.

2 Direito de família – especificidades, finalidade e eficácia

2.1 Histórico e conceito de família

Refletir sobre a família é refletir sobre a natureza humana. Segundo Aristóteles, o homem é um animal político que ao as-

sociar-se a outros homens forma a família, a Cidade e, enfim, o Estado.

Objetivando a satisfação não apenas de seus desejos mais imediatos de reprodução, proteção e alimentação, a família, que goza de especial proteção do Estado (art. 226 CF/88), é ponto de convergência dos seres humanos unidos por laços de afetividade, conforme Oliveira (2003, p. 24):

Família é o ponto de convergência natural dos seres humanos. Por ela se reúnem o homem e a mulher, movidos por atração física e laços de afetividade. Frutifica-se o amor com o nascimento dos filhos. Não importam as mudanças da ciência, no comércio e na indústria humana, a família continua sendo o refúgio certo para onde correm as pessoas na busca de proteção, segurança, realização pessoal e integração no meio social.

Desde o nascimento o ser humano pertence a alguns grupos, entre outros a família, ponto natural de convergência, que será regulado com respectivas normas disciplinadoras do seu comportamento, visando a atingir uma finalidade, conforme leciona Diniz (2008, p. 121):

Com efeito, desde o nascimento o ser humano pertence a alguns grupos, como família, comunidade local, classe, nação, Igreja, escola, clube, empresa, sindicatos, etc. E em todos os grupos há normas disciplinadoras do comportamento dos seus membros. Hauriu já nos ensinava que cada instituição se constitui com uma finalidade própria que visa atingir. Em torno desse fim e no âmbito respectivo, cada uma regula sua vida, fixando normas de coexistência.

Entre as normas disciplinadoras que regulam o comportamento do grupo social da família, encontram-se a moral, a ética, a cultura e o direito, definido por Reale (2006, p. 62) como “a ordenação das relações de convivência”.

No caso, a ordenação das relações de convivência, além das outras normas disciplinadoras, desse refúgio das pessoas unidas pelo afeto é regradada pelo Direito de Família, conceituado por Beviláqua (1986, p. 6) como normas que regulam o início e a dissolução do casamento:

Direito de Família é o complexo de normas, que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos, que dele resultam as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, as relações entre pais e filhos, o vínculo do parentesco e os institutos complementares da tutela e da curatela.

Na instituição do casamento, há, portanto, normas disciplinadoras dentro do grupo familiar, num claro controle social, pois influenciam o comportamento dos seus membros. De acordo com Sabadell (2000, p. 113), “tudo aquilo que influencia o comportamento dos membros da sociedade poder ser entendido como controle social”.

No entanto, tais normas disciplinadoras dentro do grupo familiar, através do Direito de Família, quanto ao dever de fidelidade no casamento monogâmico, sofreram evolução social ao longo da história, como a seguir demonstrado.

2.2 Casamento monogâmico. Evolução social do direito e do código civil - dever de fidelidade recíproca. *Abolitio criminis* do adultério

Influenciando o comportamento dos seus membros através de norma disciplinadora dentro do grupo familiar, o dever de fidelidade conjugal acompanha a instituição família desde os seus primórdios, tendo-se basicamente como uma norma de direito natural que, no entanto, sofreu evolução social no direito positivo.

No Direito Romano, sistema jurídico mais influente do mundo ocidental, a mulher tinha seus direitos subjugados à figura do marido. A infidelidade poderia culminar em morte, punição já aplicável em sociedades anteriores.

Já no Código Canônico é previsto o dever de fidelidade entre ambos os cônjuges. A união matrimonial era indissolúvel, somente a união de fato se dissolvia, posto que o casamento, salvo exceções autorizadas pela Igreja, é eterno perante Deus.

No Brasil, a primeira legislação vigente foram as Ordenações Filipinas, em meados do século XVI. Naquele diploma, influenciado pela Igreja Católica, religião oficial de Portugal, era previsto o dever de fidelidade, com maior ênfase quanto à mulher.

Com o Código Civil de 1916, o Direito de Família passou a ser regulado por uma legislação pátria, com grandes influências do Direito Canônico, francês e alemão. Foram elencados os deveres conjugais no artigo 231, entre eles a fidelidade recíproca.

As sanções, em contrapartida, eram previstas no Código Penal, a bigamia e o adultério.

A maior reforma que tinha havido até então era a instituição do divórcio no Brasil, em 1977, sem dúvida um marco histórico em termos desse ramo do direito.

A Constituição Federal de 1988 trouxe mais mudanças no Direito de Família, entre estas a isonomia dos cônjuges em direitos e obrigações, que é um segundo marco histórico.

Com o Novo Código Civil Brasileiro não houve muitas mudanças sobre fidelidade conjugal, pois a Constituição já tinha feito essa abordagem. Esse Código de 2002, como um complexo de normas do Direito de Família, ordena no casamento as relações de convivência dos cônjuges ligados pelo afeto, estabelecendo as partes (art. 1.565), seus direitos e deveres (art. 1.566), finalidade de uma comunhão plena de vida (art. 1.511) e motivos de impossibilidade dessa comunhão (art. 1.573) como sanção.

Na ordenação das relações de convivência dos cônjuges no casamento pelo Direito, destaca-se o dever de fidelidade recíproca (art. 1.566, I), base do casamento monogâmico, com vistas à manutenção do vínculo de afeto que constitui a família.

O descumprimento desse dever de fidelidade recíproca rompe o acordo de satisfação sexual entre o casal e, conforme as lições de Silva (2002, p. 1365), "dá-se pela prática de ato sexual com terceira pessoa e também de outros atos que, embora não cheguem à conjunção carnal, demonstram o propósito de satisfação do instinto sexual fora da sociedade conjugal".

A fidelidade dos cônjuges, em abster-se de praticar relações sexuais com terceiro, é a pedra angular do casamento monogâmico e o mais importante dever conjugal que atende aos interesses superiores da sociedade, pois inspira-se na comunhão de vida entre as partes. De acordo com as lições de Diniz (2006, p. 81):

a fidelidade conjugal é exigida por lei, por ser o mais importante dos deveres conjugais, uma vez que é a pedra angular da instituição, pois a vida em comum entre marido e mulher só será perfeita com a recíproca e exclusiva entrega dos corpos. Proibida está qualquer relação sexual estranha. Por ser da essência do casamento, o dever de fidelidade não pode ser afastado mediante pacto antenupcial ou convenção posterior ao matrimônio, tendente a liberar qualquer dos cônjuges, por ofender a lei e os bons costumes. O dever moral e jurídico de fidelidade mútua decorre do caráter monogâmico do casamento e dos interesses superiores da sociedade, pois constitui um dos alicerces da vida conjugal e da família matrimonial. Consiste o dever de fidelidade em abster-se cada consorte de praticar relações sexuais com terceiro.

No caso da norma jurídica, caso um dos cônjuges descumpra esse dever de fidelidade recíproca, a lei prevê como sanção, pelo cometimento do adultério (art. 1.573, I) e como forma de prote-

ger a dignidade do outro, impossibilidade de comunhão de vida (art. 1.573).

No entanto, esse dever de fidelidade (relacionado com vínculo afetivo e legal da relação jurídica do casamento), alicerce da família matrimonial que envolve a satisfação dos instintos e desejos humanos, é regrado por outras normas sociais (morais e éticas) que também sofreram evolução social, gerando uma discrepância no cumprimento do comando legal de fidelidade recíproca, assim como no efeito da sanção pelo seu descumprimento, que é o adultério e a ruptura da vida em comum.

Destarte, a evolução das normas sociais (morais, éticas e religiosas), além do direito, pode estabelecer diferentes valores para o dever em questão, assim como diferentes sanções morais e sociais, comprometendo a eficácia da norma em questão, diante dos questionamentos próprios da sociedade, senão vejamos.

No descumprimento da norma em testilha, do dever de fidelidade e sua respectiva sanção, por exemplo, os Tribunais vêm afastando a possibilidade de reparação civil, assim como, na legislação penal, houve o *abolitio criminis*, como a seguir demonstrado.

As teses defendidas são diferenciadas, mas convergem no sentido de inadmitirem, por si só, a infidelidade como fato gerador de dano passível de reparação. O fato é que o dever de fidelidade conjugal, para efeitos de reparação civil, está sendo afastado, ou ao menos mitigado, por nosso Judiciário. Quando condenações reparatórias são proferidas, estão mais relacionadas a vexames suportados pelo traído. Como se transcreve:

APELAÇÃO CÍVEL. DANO MORAL. ALEGAÇÃO DE TRAIÇÃO. Mesmo que houvesse prova da suposta traição, não se encontra nos autos situação extraordinária que justifique a fixação de indenização em favor da virago, pois o sofrimento gerado pela separação do casal é típico do momento delicado que as partes vivenciaram, não há falar em dano moral. Apelo não provido. (BRASIL. TJRS, 2012).

RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. Infidelidade conjugal. Para que se configure a responsabilidade civil necessário o dano, ação/omissão e o nexo causal. Não se vislumbra situação ensejadora de responsabilidade civil, apta a resultar em compensação por perdas e danos, ainda que meramente morais. Os réus (ex-marido e cunhada da autora) confirmaram apenas um encontro furtivo em motel, em data anterior à separação. Posteriormente, após a separação, constituíram união estável.

Autora igualmente já se encontra em novo relacionamento. Inocorrência de danos materiais ou morais. Sentença mantida. Recurso improvido. (BRASIL. TJSP, 2011).

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - INFIDELIDADE - PERDÃO TÁCITO - ABALO MORAL - INOCORRÊNCIA - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. A quebra do dever de fidelidade não gera, por si só, um abalo moral passível de indenização, mormente quando há perdão pelo cônjuge traído e restabelecimento da relação. (BRASIL. TJSC, 2009).

Dos arestos destaca-se o abandono da infidelidade conjugal como critério justificador de reparação civil. Ou seja, mesmo que a norma civil, art. 1.566, I, Código Civil de 2002, seja flagrantemente descumprida, não há enfoque do ponto de vista jurisprudencial para reparação civil de eventuais danos.

Na esfera penal, houve uma evolução no Direito quanto à sanção decorrente da infidelidade conjugal, que sempre foi objeto de sanção prevista nos antigos códigos criminais. Tal fato deixou de ser crime em nosso sistema jurídico.

O Adultério, crime disposto no artigo 240 do Código Penal, foi revogado pela Lei nº 11.106 de 2005, havendo o *abolitio criminis*. A fidelidade, portanto, não é mais um bem jurídico protegido pelo Direito Penal, o que fragiliza sua obrigatoriedade na relação jurídica do casamento.

Em que pese a lei revogadora somente sobrevir em 2005, constata-se que o adultério era tipo penal notadamente em desuso. O que houve foi apenas uma adequação da legislação criminal aos aspectos sociais de nosso meio, numa clara adequação e evolução das normas jurídicas às normas sociais.

Logo, na evolução do Direito de Família, há um claro limite de sua atuação na proteção do casamento monogâmico, conforme arremata Dias (2001) sobre a reforma penal, ao asseverar que ninguém é fiel porque assim determina a lei, no caso, o art. 1.566, I do Código Civil:

Se eventualmente um ou ambos cônjuges não cumprem dito dever, tal em nada afeta a existência, a validade ou a eficácia do vínculo matrimonial. Mas não é só. Cabe figurar a hipótese de não ser consagrado dito dever em norma legal. Seria admitir-se que deixou de existir a fidelidade, deixou de se poder exigir quem sabe o mais sagrado compromisso entre os cônjuges? [...] Como a fidelidade não é um direito exequível e a infidelidade não mais serve como fundamento para a separação, despienda a permanência da previsão legislativa desse dever legal. Ninguém

é fiel porque assim determina a lei ou deixará de sê-lo por falta de uma ordem consagrada em lei. Os outros recíprocos direitos e deveres igualmente não resistem a uma análise acerca de sua efetividade (DIAS, 2001, p. 11).

Como destaca Dias (2001), ninguém é fiel porque assim determina a lei, no caso o Código Civil, ensejando as seguintes consequências:

a) um conflito das normas sociais na pós-modernidade e um claro limite do Direito de Família que evoluiu ao longo do tempo, na proteção do casamento monogâmico e da família como base da sociedade. Principalmente, como adiante relatado, na sociedade pós-moderna, chamada por Bauman (2001) de modernidade líquida, onde houve derretimento das ações e escolhas possíveis no casamento, assim como o questionamento do dever de fidelidade, propiciado pelas liberdades de informação e pensamento, como garantias constitucionais, diante do adultério que pode ou não ter sanções em outras normas sociais;

b) uma concepção de homem pelo direito até a pós-modernidade que influenciou a formação do Estado e o regramento do casamento como uma relação jurídica baseada não apenas no vínculo legal mas também afetivo. Esse vínculo afetivo e sua importância como especificidade da relação jurídica do casamento são destacados por Dias (2007, p. 28) ao enfatizar que

a valorização do afeto nas relações familiares não se cinge apenas no momento da celebração do casamento, devendo perdurar por toda a relação, sob pena de [...], “cessado o afeto, está ruída a base de sustentação da família, e a dissolução do vínculo é o único modo de garantir a dignidade da pessoa”.

3 Conflito de normas sociais na pós-modernidade. Dever de fidelidade e influência da liberdade de informação e do pensamento

No século XX ocorreram profundas mudanças na sociedade humana, que recebeu vários adjetivos, tais como sociedade pós-moderna, sociedade pós-capitalista, sociedade da informação ou modernidade líquida.

Há uma evidente crise ética (no sentido de como viver), fruto de um novo olhar do homem sobre si mesmo, numa evidente liquidez e superficialidade de suas relações, chamada por

Bauman (2001) de modernidade líquida, ao contrário da modernidade sólida, do período anterior.

Na sociedade pós-moderna ou modernidade líquida, segundo Bauman, a emancipação propicia ao indivíduo ter mais possibilidades de agir conforme seus pensamentos, com maiores possibilidades de realização dos desejos, ao contrário de uma modernidade sólida.

A família hoje em dia, de acordo com Bauman (2001, p. 7), desintegrada pela divórcio, está submetida aos poderes de derretimento da modernidade, que alteraram as ações e escolhas possíveis, quebrando a forma de modelos de comportamentos sem o estabelecimento de outros modelos, numa clara evolução ao longo da história, conforme a seguir transcrito:

Pergunte-se o que é realmente uma família hoje em dia? O que significa? [...] a paternidade e a maternidade, o núcleo da vida familiar, estão começando a se desintegrar no divórcio [...] o que está acontecendo hoje é, por assim dizer, uma redistribuição e realocação dos “poderes de derretimento” da modernidade. Primeiro, eles afetaram as instituições existentes, as molduras que circunscreviam o domínio das ações-escolhas possíveis [...] essa foi a fase de “quebrar a forma” na história da modernidade inerentemente transgressiva, rompedora de fronteiras e capaz de tudo desmoronar. [...] As pessoas foram libertadas de suas velhas gaiolas apenas para ser admoestadas e censuradas, caso não conseguissem se realocar, através de seus próprios esforços dedicados, contínuos e verdadeiramente infundáveis.

Enquanto na Idade Média os modelos éticos eram rígidos sobre o certo e o errado, na sociedade moderna líquida há uma pluralidade de éticas que confrontam o comando legal em questão, pois as pessoas foram libertadas de suas velhas gaiolas pelos poderes de derretimento da modernidade, ocasionando uma fragmentação de um sentido e múltiplos caminhos a serem seguidos, diante das várias escolhas possíveis na família e, destarte, no casamento.

Essa fragmentação de um sentido e múltiplos caminhos a serem seguidos, numa pluralidade que gera o esvaziamento de valores até então instituídos pela cultura e pelo direito, como o da fidelidade recíproca no casamento monogâmico, de acordo com o pensamento de Barros (2005, p.47), aplicável ao tema em questão:

Os tempos de hoje se caracterizam pela fragmentação de um sentido, por múltiplas direções ordenando

o caminho para os homens, vias plurais: diversas teorias sobre o comportamento produzem uma pluralidade de conhecimentos e conceitos causando o esvaziamento dos valores até então instituídos na cultura. O homem já não partilha de um consenso sobre uma orientação que lhe indique a estrada em direção ao bem.

Esse fenômeno de fragmentação se expande por todo o planeta globalizado. Basta olharmos as manchetes de jornais para nos depararmos com a expressão de uma falência na eficácia de certos valores morais publicamente estabelecidos, manifesta tanto no cotidiano, por meio de comportamentos individuais, quanto na vida política, econômica e social. Há quem diga de uma certa falência do pai, do nome e da lei. Falha a crença numa ordem que promova em volta de si uma unidade. Hoje lidamos com a pluralidade em todos os campos.

Tal derretimento da modernidade gera o esvaziamento dos valores instituídos pela cultura e tutelados pelas Constituição e demais normas jurídicas, sobre a constituição da família, do casamento monogâmico como uma relação de afeto e da exclusividade do casal na satisfação sexual, e, destarte, sobre o cumprimento do dever de fidelidade recíproca.

Este questionamento expande-se no mundo globalizado através da publicidade nos meios de comunicação, aliada às garantias constitucionais da liberdade de comunicação (art. 220 CF/88) e das liberdades de manifestação do pensamento, de expressão e de informação (art. 5º, IV, IX e XIV, CF/88 respectivamente).

Nesses termos, a mídia reflete o momento da pós-modernidade narrado por Bauman, ao apresentar novas formas de viver, inclusive no casamento, através de mensagens manipuladas, ao contrário do que é divulgado, conforme assevera Enzensberger (2003, p. 35-36): “Não existem escritos, filmagens e exibição não manipuladas. Dessa forma, a questão não é se as mídias são manipuladas ou não, mas quem as manipula”.

Igualmente Chomsky (2003, p. 26) leciona que: “a mídia é um monopólio corporativo. Todos os veículos de comunicação têm o mesmo ponto de vista”.

A autoridade das celebridades midiáticas, que varia de acordo com a audiência da TV, é um exemplo da influência da mídia no comportamento das pessoas, conforme exemplifica Bauman (2003, p. 64):

A autoridade das celebridades deriva da autoridade do número – ela aumenta (e diminui) com o número

de espectadores, ouvintes, compradores de livros e discos. O número e diminuição de seu poder de sedução (e, portanto, de conforto) estão sincronizados com os movimentos de pêndulos dos índices de audiência da TV e da circulação de tabloides.

Logo, frente a esse contexto afigura-se um claro conflito de normas sociais em que se por um lado tem o homem dever à fidelidade recíproca no casamento monogâmico (art. 1.566, I, CC/2002), que visa preservar a dignidade da pessoa humana do outro cônjuge (sujeito da relação), como princípio constitucional, por outro lado, mudanças na sociedade, neste tempo atual de pós-modernidade, em que as relações são líquidas e as pessoas descartáveis, indicam uma maior liberação dos desejos, num descompasso com a vontade da norma em questão da preservação da família, como tradicionalmente hoje é concebida.

Diante desse quadro e da afirmação de Dias (2001) de que ninguém é fiel porque assim determina a lei, no caso, o Código Civil, indaga-se: qual o tipo de amor, base da relação afetiva do casamento, que os meios de comunicação estimulam?

Esse amor divulgado na grande mídia:

- promove o cumprimento da obrigação de fidelidade recíproca?
- valoriza a sanção decorrente do adultério, como um desestímulo à sua prática?

Vejamos.

3.1 Tipos de amor x dever de fidelidade recíproca

De acordo com Sponville (1999, p. 118), mencionando Kant, o que fazemos por amor não fazemos por obrigação, um sentimento exclui o outro:

Mas é verdade *a fortiori* para o amor. “O que fazemos por amor sempre se consoma além do bem e do mal”, dizia Nietzsche. Eu não iria tão longe, já que o amor é o próprio bem. Mas além do dever e do proibido, sim, quase sempre, e tanto melhor! O dever é uma coerção (um “jugo”, diz Kant), o dever é uma tristeza, ao passo que o amor é uma espontaneidade alegre. “O que fazemos por coerção”, escreve Kant, “não fazemos por amor.” Isso se inverte: o que fazemos por amor não fazemos por coerção, nem, portanto, por dever.

Logo, a norma em questão somente carece da aplicação, ou seja, do dever de fidelidade (art. 1.566, I, CC/2002), quando o

amor não mais está presente na relação, pois quem ama é fiel não por dever, mas sim por amor.

É na falta de amor que surge o dever, no caso, de fidelidade recíproca, insculpido no Código Civil. O amor, destarte, exclui o Direito e o dever.

No entanto, ao surgir esse dever legal, como anteriormente esposado por Dias (2001), ninguém será fiel porque assim determina a lei, pois a fidelidade é um dever e, portanto, um jugo e uma coerção, conforme diz Kant nas lições recém-referidas. Tanto que a norma que estabelece o dever de fidelidade contempla a sanção pelo seu descumprimento, que é a dissolução da vida conjugal.

Sobre o dever conjugal, arremata Sponville (1999, p. 110), citando Freud, que, embora o amor nasça da sexualidade, na relação conjugal, não se reduz a ela, ratificando o casamento como relação jurídica baseada no afeto, de acordo com as seguintes lições:

Que mãe alimenta o filho *por dever*? E há expressão mais atroz do que *dever conjugal*? Quando o amor existe, quando o desejo existe, para que o dever? Que, no entanto, existe uma virtude conjugal, que existe uma virtude maternal, e no próprio prazer, no próprio amor, não há a menor dúvida! Pode-se dar o peito, pode-se dar a si mesma, pode-se amar, pode-se acariciar, com mais ou menos generosidade, mais ou menos doçura, mais ou menos pureza, mais ou menos fidelidade, mais ou menos prudência, quando necessário, mais ou menos humor, mais ou menos simplicidade, mais ou menos boa-fé, mais ou menos amor... Que outra coisa é alimentar o filho ou fazer amor virtuosamente, isto é, excelentemente? Há uma maneira medíocre, egoísta, odienta às vezes de fazer amor. E há outra, ou várias outras, tantos quantos são os indivíduos e os casais, de fazê-lo bem, o que é bem-fazer, o que é virtude. O amor físico não é mais que um exemplo, que seria tão absurdo superestimar, como muitos fazem hoje em dia, como foi, durante séculos, diabolizar. O amor, se nasce da sexualidade, como quer Freud e como acredito, não poderia reduzir-se a ela, e em todo caso vai muito além de nossos pequenos ou grandes prazeres eróticos. É toda a nossa vida, privada ou pública, familiar ou profissional, que só vale proporcionalmente ao amor que nela pomos ou encontramos.

Quem ama é fiel não por um dever, mas devido ao amor, não precisa do Direito para obrigá-lo a ser fiel e respeitar o casamento monogâmico, não precisa de sua coercibilidade, pois,

nesse caso, a fidelidade é espontânea, residindo esse comportamento no campo da Moral.

No entanto, a necessidade de aplicação da lei impondo o dever de fidelidade, que surge quando falta o amor na relação jurídica do casamento, baseado no afeto, como dito alhures, não mais impede a infidelidade, quer pela ausência de reparação civil, quer pelo *abolitio criminis* do adultério, quer pelos questionamentos na pós-modernidade, num claro limite ao comando legal previsto no Código Civil.

Logo, na falta de amor e com a Lei sem impedir a infidelidade, resta então a regra moral da fidelidade e do casamento monogâmico determinado pelo Estado, a ser cumprida de forma autêntica e não coercitiva, em obediência e coincidência da consciência com o conteúdo da regra moral de ser fiel, conforme as seguintes lições de Reale (2006, p. 44 e 46):

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. Se respeito meu pai, pratico um ato na plena convicção da sua intrínseca valia, coincidindo o ditame de minha consciência com o conteúdo da regra moral. [...] A moral é incompatível com a violência, com a força, ou seja, com a coação, mesmo quando a força se manifesta juridicamente organizada.

No entanto, ficam as perguntas: o que fazer quando falta o amor no casamento? Como permanecer fiel? Como aderir moralmente a esse dever que a lei já não obriga?

Eis as questões cujas respostas levam à indagação quanto a dois tipos de amor a seguir indicados: o amor prático kantiano e o amor líquido, mencionado por Bauman.

Qual desses tipos de amor os meios de comunicação divulgam e valorizam?

Vejamos.

3.1.1 Amor prático

Ora, repita-se, o dever só se impõe quando falta o amor.

O homem somente necessita da moral quando falta o amor, a impor-lhe um dever, uma obrigação, como a fidelidade, por exemplo.

Sponville (1999, p. 120) é bastante claro nesse sentido: “É o que o dever exprime ou revela, o dever que só nos constrange a fazer aquilo que o amor, se estivesse presente, bastaria, sem coerção, para suscitar”.

Mais adiante, citado autor fala do que é o amor prático kantiano, incluído no núcleo de todas as leis e, no caso, no art. 1.599, I, CC/2002, que determina o dever da fidelidade recíproca, como um ideal a ser realizado a partir da educação de cada um, pois não nascemos virtuosos, mas tornamo-nos. Confira-se:

No fundo, é o que Kant chamava de amor prático: “O amor para com os homens é possível, para dizer a verdade, mas não pode ser comandado, pois não está ao alcance de nenhum homem amar alguém simplesmente por ordem. É, pois, simplesmente o *amor prático* que está incluído nesse núcleo de todas as leis. [...] Amar o próximo significa praticar de *bom grado* todos os seus deveres para com ele. Mas a ordem que faz disso uma regra para nós também não pode comandar que *tenhamos* essa intenção nas ações conformes ao dever, mas simplesmente que *tendamos* a ela. Porque o mandamento de que devemos fazer alguma coisa de bom grado é em si contraditório.” O amor não é um mandamento: é um ideal (“o ideal da santidade” diz Kant). Mas esse ideal nos guia, e nos ilumina. Não nascemos virtuosos, mas nos tornamos. Como? Pela educação (SPONVILLE, 1999, p. 120).

Pela educação, aprendemos a agir moralmente, como se amássemos, segundo Freud, pela sublimação, fazendo com que “Pelo que a moral advém e continua, imitando esse amor que lhe falta, que nos falta, e de que no entanto, pelo hábito, pela interiorização, pela sublimação [...]” (FREUD apud SPONVILLE, 1999, p. 120).

No entanto, não é essa a educação, de continuar um casamento e manter-se fiel quando o amor acaba, no amor prático que os meios de comunicação divulgam como modelo de comportamento.

Não é através da sublimação lecionada por Freud, como processo psíquico de transferir para outros objetos do mundo a satisfação da pulsão sexual, que aparece na mídia.

Não é o amor prático que ressalta os valores da norma jurídica insculpidos no Código Civil, de fidelidade no casamento como vínculo de afeto, que aparece na publicidade dos meios de comunicação, para mantermos a relação e, na falta de amor, agirmos como se amássemos o outro cônjuge.

Muito pelo contrário, conforme denuncia Botton (2011, p. 75), há uma manipulação da mente que provoca mudanças de valores nos apelos publicitários dos meios de comunicação, próprios da modernidade líquida de Bauman:

Mesmo em sociedades que em teoria se dedicam a nos deixar livres para fazer nossas escolhas, a mente é manipulada o tempo todo em direções que dificilmente reconhecemos de maneira consciente. Às vezes é dito pelas agências publicitárias, em uma tentativa profilática de falsa modéstia, que a propaganda não funciona de fato. Somos adultos, sustenta o argumento, portanto, não perdemos a capacidade de raciocínio no instante em que colocamos os olhos nas lindas fotografias de um outdoor ou de um catálogo. Assume-se que crianças possam ser menos resolutas e, por isso, talvez precisem de proteção contra certas mensagens veiculadas na televisão antes das oito horas da noite, para que não desenvolvam um desejo maníaco por determinado brinquedo ou refrigerante. Mas os adultos são aparentemente sensatos e controlados o suficiente para não alterar valores ou padrões de consumo apenas por conta de um fluxo incessante de mensagens engenhosamente criadas, que os atinge de todos os lados e meios o tempo inteiro, dia e noite.

Entretanto, essa distinção entre criança e adulto é suspeitamente conveniente aos interesses comerciais. Na verdade somos todos frágeis nos compromissos e sofremos de uma fraqueza de vontade em relação ao canto de sereia da publicidade.

Dentro desse contexto, na sociedade chamada pós-moderna, onde os valores do casamento monogâmico são questionados, os meios de comunicação comprometem a eficácia do Direito da Família e do dever legal de fidelidade, pois o sexo torna-se um ingrediente eficiente de publicidade, influenciando na mente das pessoas o não cumprimento moral do dever quando falta o amor, que a lei também não obriga.

A publicidade estimula relações líquidas e descartáveis, assim como as mercadorias no modo de produção capitalista diante do forte apelo sexual, e não a exclusividade da satisfação pelo outro cônjuge, conforme as seguintes lições de Kehl (2002, p. 189):

A aliança entre a expansão do capital e a liberação sexual fez do interesse das massas consumidoras pelo sexo um ingrediente eficiente de publicidade. Tudo o que se vende tem apelo sexual: um carro, um liquidificador, um comprimido contra dor de cabeça, um provedor de internet, um tempero industrializado. A imagem publicitária evoca o gozo que se consome na própria imagem, ao mesmo tempo em que promete fazer do consumidor um ser pleno e realizado. Tudo evoca o sexo ao mesmo tempo em que afasta o sexual, na medida em que a mercadoria se ofere-

ce como presença segura, positivada no real, do objeto de desejo.

Para constatar as assertivas acima, basta uma resposta do senso comum à seguinte indagação: os valores divulgados sobre o amor, assim descritos por Fromm (2000, p. 35): “se eu amo o outro, sinto-me um só com ele, mas com ele como ele é, e não na medida em que preciso dele como objeto para meu uso”, aparecem na mídia?

Destarte, como a seguir demonstrado, o que aparece na mídia é o amor platônico, ou similar, o amor líquido, pautado na pequena durabilidade das relações, próprio do derretimento na modernidade líquida, gerando um descompasso com os valores insculpidos na norma jurídica e a realidade vivida pelas pessoas em seu cotidiano.

3.1.2 Amor platônico e o amor líquido

Este amor é contado e recontado nos filmes e novelas, a busca de sua metade, e encontra-se abordado na obra *O Banquete*, do filósofo Platão, no diálogo com Aristófanes.

A ideia central do amor platônico é que fomos separados de nossa metade e passamos a vida a procurá-la para termos de volta nossa completude. Leciona Sponville (1999, p. 122): “Essa busca, esse desejo é o que se chama amor, e, quando satisfeito, é a condição da felicidade. De fato, somente o amor ‘recompõe a antiga natureza, ao se esforçar por fundir dois seres num só e curar a natureza humana’.”

Tal busca leva a um eterno sofrimento, como diz Sócrates na obra *O Banquete*, pois este amor não é completude, mas sim incompletude, pois o amor é desejo e desejo é falta:

todo amor, para Platão, é mesmo falta: o amor não é outra coisa senão essa falta (mas consciente e vivida como tal) de seu objeto (mas determinado). Sócrates bate o martelo: “O que não temos, o que não somos, o que nos falta, eis os objetos do desejo e do amor. (SPONVILLE, 1999, p. 124).

Ora, nesse caso, amar é carecer do que se ama e querer possuí-lo sempre. Mas essa posse é efêmera, pois as relações atuais estão pautadas na liquidez. Tudo é fluido e impermanente.

As pessoas, as relações, assim como as mercadorias, são descartáveis, naquilo que Bauman chamou de amor líquido, num modo de produção capitalista, acoroçoado pelo direito e insculpido na Lei Maior, nos artigos 170 a 192, que tratam dos fundamentos da ordem econômica.

Nesse amor platônico, o cônjuge, depois de possuir o outro, acaba seu amor, pois este se caracteriza pela falta, somente amando quando não tem aquela pessoa. E, quando possui, como o amor líquido, a relação é superficial e descartável, e, após o consumo do outro, passa-se para outro, e outro, pois tudo é líquido, nada é concreto, visto que, nesse caso, gera-se dependência incapacitante. Conforme assevera Bauman (2004, p. 65), “nos compromissos duradouros, a líquida razão moderna enxerga a opressão; no engajamento permanente percebe a dependência incapacitante”.

Não há casamento ou família estável que goza de especial proteção do Estado (art. 226, CF/88), como pretendem as normas jurídicas que determinam a fidelidade recíproca (art. 1.566, I, CC/2002) e o casamento monogâmico.

E, agora, volta-se novamente para a primeira pergunta: o que fazer com esse amor platônico, líquido, que acaba?

Ou tem-se o amor prático, mantendo-se o casamento como se amasse o outro cônjuge, por dever moral e não mais jurídico, ou tem-se a infidelidade, comprometendo a dignidade da outra pessoa, com ou sem rompimento, e a instabilidade da família.

A mídia não apresenta o amor prático, mas sim a busca de novos cônjuges, com a possibilidade, na modernidade líquida, de várias escolhas e formas de satisfação dos desejos, num flagrante descompasso com a escolha legal de manter-se a fidelidade através do amor prático, conforme ensinado por Kant.

Os grandes meios de comunicação, diante da sociedade capitalista, alimentam, sim, o vazio existencial e sua forma de preenchimento através de mercadorias, ou de pessoas, através da exacerbação do consumismo, pois, segundo Bauman (2004, p. 10), “é preciso diluir as relações para que possamos consumi-las”, conforme as seguintes lições de Kehl (2002, p. 189), aqui reiteradas:

A aliança entre a expansão do capital e a liberação sexual fez do interesse das massas consumidoras pelo sexo um ingrediente eficiente de publicidade. Tudo o que se vende tem apelo sexual: um carro, um liquidificador, um comprimido contra dor de cabeça, um provedor de internet, um tempero industrializado. A imagem publicitária evoca o gozo que se consome na própria imagem, ao mesmo tempo em que promete fazer do consumidor um ser pleno e realizado. Tudo evoca o sexo ao mesmo tempo em que afasta o sexual, na medida em que a mercadoria se oferece como presença segura, positivada no real, do objeto de desejo.

Ora, esse conflito apresentado, de obedecer a um comando legal de dever de fidelidade recíproca ou não, diante dos apelos publicitários, é uma fonte de sofrimento psíquico, apreciado por Freud em seus estudos, em simetria com a filosofia política de Hobbes.

Nesse caso, há o envolvimento da concepção de homem pelo direito (inclusive na pós-modernidade), que pelos seus instintos deseja fazer do outro um objeto sexual. Tal entendimento influenciou a formação do próprio Estado e o regramento do casamento como uma relação jurídica baseada não apenas no vínculo legal, mas também afetivo, como a seguir demonstrado.

3.2 Filosofia de Hobbes e pensamento freudiano. Concepção de homem x liberdade individual

Embora o Estado, em Hobbes, restrinja a liberdade individual para aquilo que não é proibido pelas leis, de forma negativa, segundo Freud (1978, p. 116), o homem, por sua natureza, sempre reivindicará sua liberdade individual, contra a vontade do grupo, estabelecida no direito positivo através da Lei, no caso, de fidelidade recíproca como forma de proteção da família, de acordo com o seguinte trecho: “não parece que qualquer influência possa induzir o homem a transformar sua natureza na de um térmita. Indubitavelmente, ele sempre defenderá sua reivindicação à liberdade individual, contra a vontade do grupo”.

Dessa forma, o direito positivo, através da Lei, como fonte de limitação da liberdade individual do homem como lobo do homem, também apregoada por Hobbes para possibilitar a vida em sociedade, é uma fonte de sofrimento psíquico, frente à inibição dos seres humanos em tornar o outro objeto sexual. Nos termos da lição de Freud (1978, p. 133):

Sob circunstâncias propícias, quando estão ausentes as forças anímicas contrárias que a inibem, [a agressão cruel] se exterioriza também espontaneamente, desmascara os seres humanos como bestas selvagens que nem sequer respeitam os membros de sua própria espécie. Em consequência, o próximo não é somente um possível auxiliar e objeto sexual, mas uma tentação para satisfazer nele a agressão, explorar sua força de trabalho sem ressarcir-lo, usá-lo sexualmente sem seu consentimento, despojá-lo de seu patrimônio, humilhá-lo, infligir-lhe dores, martirizá-lo e assassiná-lo. *Homo homini lupus*. Quem, em face de toda sua experiência da vida e da História, terá a coragem de discutir essa asserção?

Ao comprometer-se a eficácia da norma que limita a liberdade individual do homem na satisfação do desejo sexual apenas com o outro cônjuge, quer pela publicidade, quer pela não reparação civil ou mesmo pelo *abolitio criminis*, abre-se a possibilidade sob circunstâncias propícias de o próximo ser tratado como objeto sexual, nos termos acima.

O direito, ao regular a relação afetiva acima descrita que propicia o próximo ser tratado como objeto sexual, terá pouca eficácia, frente à liberdade humana como garantia constitucional, do cidadão mudar indefinidamente de cônjuge, pois o amor acaba quando há a conquista.

Pois só haverá amor na falta (amor platônico), ensejando um sofrimento psíquico a ser esgarçado, na busca de um outro que lhe complete e que pode não existir ou não ser encontrado (amor líquido).

Conclusão

A partir da análise do Direito de Família à luz da interdisciplinaridade com a Filosofia, Economia e Psicanálise, verificou-se que as questões humanas transbordam os limites do direito, pois apenas a norma não é capaz de impor obrigações. Mais do que isso, existe a moral, o psiquismo, o desejo interno de cada um atuando sobre o amor, o casamento e a fidelidade, assim como o meio econômico em que eles vivem.

Diante do fato jurídico do casamento protegido pela Lei Maior (art. 226), constata-se, através dessa visão interdisciplinar, que é limitada a eficácia da norma do Direito de Família ao determinar a monogamia, através da fidelidade recíproca entre os cônjuges (art. 1.566, I, CC/2002).

A evolução do Direito mostrou uma maior flexibilidade no cumprimento dessa norma, quer pela ausência de reparação de danos decorrente da infidelidade, quer, na esfera penal, pelo *abolitio criminis* do adultério.

As mudanças sociais acompanharam um maior questionamento das formas de comportamento e satisfação dos desejos sexuais na chamada modernidade líquida, em que as relações são superficiais e transitórias numa constante busca de novos parceiros, estimulada pela publicidade nos meios de comunicação, fruto das liberdades constitucionais de manifestação do pensamento, de expressão e de informação (art. 5º, IV, IX e XIV, CF/88, respectivamente), numa aliança entre o capitalismo como fundamento da ordem econômica (art. 170 et seq., CF/88) e a liberação sexual.

Nesse passo, constata-se que, enquanto o Direito, através do Direito de Família, valora o fato jurídico do casamento em base monogâmica, com uma relação de afeto, o mesmo Direito, através das garantias constitucionais, possibilita que os meios de comunicação, favorecendo a ordem econômica capitalista, limitem a eficácia do dever de fidelidade recíproca (art. 1.566, I, CC/2002), pela divulgação de novas formas de amor.

O dever legal de fidelidade é um jugo que não se coaduna com o amor. Quem ama é fiel não por um dever, mas devido ao amor, não precisa do Direito para obrigá-lo a ser fiel e respeitar o casamento monogâmico, não precisa de sua coercibilidade, pois, nesse caso, a fidelidade é espontânea, residindo esse comportamento no campo da Moral.

Numa situação de falta de amor, o Direito terá pouca eficácia, frente à liberdade humana como garantia constitucional, de o cidadão mudar indefinidamente de cônjuge, pois o amor platônico acaba quando há a conquista. Haverá amor na falta, ensejando um sofrimento psíquico a ser esgarçado, na busca de um outro que lhe complete e que pode não existir ou não ser encontrado, assim como em relações superficiais e descartáveis de um amor líquido.

No confronto entre essas ideias, do amor e da lei como fator de disciplina do casamento e da fidelidade, é que se sobrepõe a força do direito para manter o equilíbrio no casamento, porém, como visto, a norma jurídica não é suficiente para obrigar a se ter o amor e a fidelidade, porque são fatores psicológicos, afetivos, de comportamento, a que, como vimos, não há norma que obrigue.

Referências

BARROS, Fernanda Otoni de. **Do Direito ao Pai**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. **Comunidade**: a busca por segurança no mundo atual. Trad. de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

_____. **Amor Líquido** – Sobre a fragilidade dos laços humanos. Trad. de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família**. Recife: Ramiro M. Costa, 1986.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. São Paulo: Edipro, 2014.

- BOTTON, Alain. **Religião para ateus**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2011.
- CHOMSKY, Noam. **O controle da Mídia** – os espetaculares feitos da propaganda. Trad. de Antônio Augusto Fontes. Rio de Janeiro: Graphia, 2003.
- CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de filosofia do direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.
- _____. **O dever de fidelidade conjugal**. 2001. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/22>>. Acesso em: 22 mar. 2016.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 5º volume: Direito de Família. 21ª edição revista e atualizada de acordo com o novo código civil (lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. **Curso de Direito Civil brasileiro**: Direito de Família. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 5.
- ENZENSBERGER, Hans Magnus. Elementos para uma teoria dos meios de comunicação. Trad. de Cláudia S. Danbusch. São Paulo: Conrad, 2003.
- FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização**, ESB XXI. Rio: Imago, 1978. [1930]
- FROMM, Erich. **A Arte de Amar**. Trad. de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KEHL, Maria Rita. **Sobre Ética e Psicanálise**. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **União estável**: do concubinato ao casamento: antes e depois do novo código civil. São Paulo: Método, 2003.
- REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito** - situação atual. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____. **Lições preliminares de Direito**. 29ª edição, ajustada ao novo Código Civil, 6ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006.
- SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de Sociologia Jurídica**: introdução a uma leitura externa do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- SPONVILLE, André Comte. **Pequeno Tratado das Grandes Virtudes**. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- SILVA, Regina Beatriz Tavares. In: FIÚZA, Ricardo. (Coord.). **Novo Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

Tutelas jurisdicionais de urgência e evidência à luz do Código de Processo Civil

Bianca Dutra Batista¹

*Estagiária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, junto ao Gabinete do Magistrado da 1ª Vara Cível da Comarca de Fernandópolis
Acadêmica do 9º Semestre do Curso de Direito da Universidade Camilo Castelo Branco – Fernandópolis-SP*

RESUMO

O presente artigo possui como destaque o estudo das tutelas provisórias, as quais se subdividem em tutela de urgência e tutela de evidência. A tutela de urgência é gênero e possui como espécies a tutela antecipada e a cautelar. Os dispositivos legais das referidas tutelas estão dispostos na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, Novo Código de Processo Civil, especificamente no Livro V. Serão abordadas as descrições de cada tipo de tutela, bem como o procedimento jurisdicional, seus efeitos práticos, realçando a importância de cada uma e aproximando todas as medidas quanto ao seu objetivo em comum que através da moderna Lei Processual Civil visa a um processo efetivo, justo, tempestivo e adequado, com a finalidade de transformar o mecanismo do Poder Judiciário em uma prestação jurisdicional de forma mais simples e eficiente.

Palavras-chave: Tutela de urgência. Tutela antecipada e cautelar. Tutela de evidência. Procedimentos.

ABSTRACT

This paper presents a study about provisional guardianships which are subdivided into emergency guardianship and custody of evidence. As urgency tutelage is a genre, consequently it has

¹ Sob a orientação de Ailton Nossa Mendonça, graduado em Direito pelo Centro Universitário de Rio Preto e em Ciências Físicas e Biológicas com habilitação em Matemática pela Fundação Educacional de Votuporanga, especialização em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário de Rio Preto, mestrado em Direito Público pela Universidade de Franca e doutorado em Direito Empresarial pela Universidade de Estremadura, Cidade de Cáceres – Espanha.

as species advance tutelage and cautious tutelage. The Legal Provisions of such guardianship are established according to Law number 13.105 of March 16, 2015 in the New Civil Procedure Code, specifically in the fifth book which will be dealing with the descriptions of each type of protection, and the juridical procedure and its practical effects, highlighting the importance of each one of them and offering a close approach of all measures as well as their common goal through modern Civil Procedure Law aiming at an effective, fair, timely and adequate process to modify the judiciary mechanism in offering a much simpler and efficient delivery and rendering judicial service.

Keywords: Urgency tutelage. Advance and cautious tutelage. Custody of evidence. Procedure.

Introdução

Em busca de uma melhor convivência social foram criadas as normas para que o comportamento humano seja restrito à legalidade. Desta forma, surgiram as leis que disciplinam o ramo do Direito.

O Direito Processual Civil Brasileiro busca uma efetiva pacificação de conflitos com justiça para que a sociedade possa viver em harmonia. Quando nos deparamos com a demora na entrega da prestação jurisdicional, estamos diante de inúmeros prejuízos, não só para as partes do litígio como também para a sociedade em geral.

Nada adianta se o Judiciário não conseguir garantir uma efetiva relação processual, tornando-se ineficientes as medidas judiciais. Por tal motivo é que a justiça deve, em tempo razoável, garantir o devido processo legal.

Nesse sentido, leciona Montenegro Filho (2015, p. 8):

Na dinâmica forense, verificamos que a entrega da prestação jurisdicional é retardada não apenas pela complexidade procedimental da demanda, como também pelo volume dos serviços judiciais, o que impede o magistrado de pacificar o conflito de interesse no espaço de tempo esperado. A situação examinada nos faz concluir pela necessidade de que o processo seja desburocratizado, que a forma exacerbada seja desprestigiada, que o fim prevaleça em relação ao meio.

Afinal, o Direito não é apenas baseado na aplicação das leis, visto que os homens são de suma importância para a devida aplicação prática, buscando a eliminação dos conflitos de interesses.

A nova sistemática processual civil brasileira busca a efetivação do alcance dos princípios, direitos e garantias fundamentais expressamente já previstos na Constituição Federal Brasileira, visando à pacificação de conflitos sociais, com a real aplicação dos princípios da celeridade processual, instrumentalidade das formas, devido processo legal e economia processual.

Especificamente, o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”, demonstrando a importância da aplicabilidade da tutela preventiva e da apreciação jurisdicional, garantindo assim a segurança jurídica e a efetividade da jurisdição.

Assim, visando a todas essas garantias é que a lei processual, através da tutela provisória, que é gênero, pode fundamentar-se nas espécies de urgência e evidência, sendo a primeira dividida em acautelatórias ou satisfativas, proporcionando uma nova sistemática protetiva, em um tempo justo, àqueles que necessitam, em garantia do não perecimento do Direito.

A tutela de urgência busca primeiramente afastar o *periculum in mora*, evitando assim um prejuízo grave ou de difícil reparação, possuindo como espécies as medidas da antecipação de tutela, de forma satisfativa, e as medidas cautelares, para afastar o risco de inutilidade do processo, ao passo que a tutela de evidência é deferida desde que fique demonstrada a certeza de um direito.

1 Tutela de urgência

A tutela de urgência possui como fundamento principal a existência concreta de uma emergência a ser analisada, desde que demonstrada na relação processual “a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”, conforme a norma processual civil estabelece em seu artigo 300, buscando, assim, a proteção de um direito material.

Nesse sentido, ressalta-se o entendimento de Montenegro Filho (2015, p. 9): “o autor não pode conviver com a demora do processo, sob pena de suportar prejuízo grave ou de difícil reparação, o que justifica o posicionamento do magistrado a respeito de determinada questão do processo antes da sentença”.

A decisão crítica deve estar devidamente comprovada, bem como o risco de que a decisão final possa ser ineficaz, alterada ou agravada; portanto, é de suma importância a presença dos requisitos do *periculum in mora*² e do *fumus boni iuris*³, para a concessão tanto da tutela satisfativa quanto da cautelar, deven-

do estar presentes ambos os requisitos no mesmo caso a ser analisado. Assim, poderá o magistrado decidir algo imprescindível antes da sentença, ou seja, no curso do processo.

Importante ressaltar que a tutela de urgência possui caráter provisório, podendo o magistrado, de acordo com o seu livre convencimento e as provas produzidas no curso da instrução processual, modificar a tutela deferida anteriormente ao prolatar a sentença judicial.

Para melhor análise do juízo, a referida tutela apenas deve ser deferida após se ter a convicção da necessidade de sua urgência, por tal motivo a concessão pode ser dada em caráter liminar, quando for certa a sua necessidade, ou após justificação prévia, quando a parte requerente comprovar em audiência a efetiva emergência.

Deverá o requerente beneficiado com a tutela de urgência em determinados casos indenizar a parte contrária, devendo o procedimento de indenização ocorrer nos mesmos autos, caso ocorram prejuízos com a efetivação da tutela, estabelecendo a norma processual civil casos específicos em seu artigo 302, que dispõe:

Independente da reparação por dano processual, a parte responde pelo prejuízo que a efetivação da tutela de urgência causar à parte adversa, se: I - a sentença lhe for desfavorável; II - obtida liminarmente a tutela em caráter antecedente, não fornecer os meios necessários para a citação do requerido no prazo de 5 (cinco) dias; III - ocorrer a cessação da eficácia da medida em qualquer hipótese legal; IV - o juiz acolher a alegação de decadência ou prescrição da pretensão do autor. Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos em que a medida tiver sido concedida, sempre que possível.

Portanto, o juiz concederá a tutela provisória de urgência após a análise do caso concreto e verificada a presença dos requisitos necessários à sua concessão.

² *Periculum in mora* (perigo da demora): expressão latina que define o risco da demora. Assim, deverá o magistrado conceder o pedido, mesmo que em caráter provisório, visto que a decisão tardia pode gerar um prejuízo irreparável para a parte.

³ *Fumus boni iuris* (fumaça do bom direito): expressão latina que trata da concessão do pedido requerido, ainda que em caráter provisório, desde que o magistrado verifique que o requerente possui aparentemente o direito daquilo que está postulando.

1.1 Tutela antecipada

A tutela antecipatória, que é uma espécie da tutela de urgência, possui natureza satisfativa. Por meio dela, o juiz profere decisão interlocutória no curso do processo, buscando a antecipação dos efeitos que só seriam alcançados com a sentença.

Disciplina Didier Jr. (2015, p. 569): “A tutela provisória satisfativa antecipa os efeitos da tutela definitiva satisfativa, conferindo eficácia imediata ao direito afirmado. Adianta-se, assim, a satisfação do direito, com a atribuição do bem da vida”.

No mesmo sentido também ficou estabelecido no Enunciado nº 28 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Tutela antecipada é uma técnica de julgamento que serve para adiantar efeitos de qualquer tipo de provimento, de natureza cautelar ou satisfativa, de conhecimento ou executiva”.

Pode-se afirmar que a tutela antecipada é a satisfação daquilo que seria concedido definitivamente ao final do processo, portanto é uma medida que busca satisfazer um direito já demonstrado até que se chegue à tutela definitiva.

Cabe ao juiz decidir quanto à concessão, revogação ou modificação dessa tutela, de acordo com os termos estabelecidos na lei processual civil.

Outrossim, quando os efeitos da concessão da tutela antecipada forem irreversíveis, esta não poderá ser deferida. Porém, uma tutela jurisdicional indeferida pode causar danos enormes, mesmo que o efeito da decisão seja irreversível, como, por exemplo, no caso em que precisa ser feita uma transfusão de sangue em uma criança menor de idade, mas um dos pais não autoriza; assim, mesmo diante da irreversibilidade, a tutela de urgência deverá ser concedida.

Destarte, de acordo com os enunciados aprovados no Seminário da Escola Nacional de Formação de Aperfeiçoamento de Magistrados, diz o Enunciado nº 25: “A vedação da concessão de tutela de urgência cujos efeitos possam ser irreversíveis (art. 300, § 3º, do CPC/2015) pode ser afastada no caso concreto com base na garantia do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CF)”.

Quanto à decisão final de improcedência da ação, diz o Enunciado nº 140 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A decisão que julga improcedente o pedido final gera a perda de eficácia da tutela antecipada”.

Por fim, não se deve confundir tutela antecipada com o julgamento antecipado da lide, pois este se destina a acelerar o resultado do processo e está ligado à suficiência do conjunto probatório que possibilita o julgamento definitivo do litígio, seja

pela desnecessidade de prova oral em audiência ou porque a controvérsia envolve apenas matéria de direito ou em razão da revelia. Portanto, a tutela antecipada não interfere no julgamento definitivo da lide, apenas permite a antecipação imediata dos efeitos da sentença.

1.2 Tutela cautelar

A tutela cautelar não possui cunho satisfativo, sendo apenas utilizada para assegurar provisoriamente aquilo que se busca efetivar, portanto possui cunho preventivo, ou seja, busca a segurança final do provimento definitivo. Importante ressaltar que os requisitos para a concessão da tutela antecipada e cautelar são os mesmos.

Segundo Didier Jr. (2015, p. 562), a tutela cautelar pode ser conceituada como a que “não visa à satisfação de um direito (ressalvado, obviamente, o próprio direito à cautela), mas, sim, a assegurar a sua futura satisfação, protegendo-o”.

A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada, desde que presentes os requisitos de *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, mediante o rol exemplificativo a seguir, o qual está disposto no artigo 301 do Código de Processo Civil: “[...] arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito”.

Para definirmos tais medidas, podemos afirmar que o arresto é a apreensão judicial de bens para garantir uma futura execução por quantia, ao passo que o sequestro refere-se à apreensão de coisa individualizada e determinada sobre a qual pende um litígio, visando assegurar sua entrega ao vencedor, portanto é uma execução de entrega de coisa.

Já o arrolamento consiste na descrição e indicação de bens, buscando evitar sua dissipação durante o processo. E, por fim, o protesto contra alienação de bens visa tornar inequívoco que o autor esteja em desacordo com a alienação de bens de outrem, alegando ter algum tipo de direito ou preferência.

Por fim, complementa Montenegro Filho (2016, p. 315-316):

É importante destacar que, em qualquer caso, o que fundamenta a concessão da tutela provisória que analisamos é o poder geral de cautela, não mais se exigindo o preenchimento de requisitos específicos, como a prova literal da dívida líquida e certa, como condição para o deferimento da medida liminar de arresto, a demonstração do fundado receio de extravio ou de dissipação de bens, como condição para a concessão da

medida liminar de arrolamento de bens, apenas para exemplificar.

2 Tutela de evidência

A tutela de evidência será concedida provisoriamente desde que esteja manifestamente óbvio e aparente o conflito em questão pelas provas apresentadas em juízo, não exigindo a presença do *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, pois nesse caso o direito da parte autora está realmente demonstrado pela sua existência, sendo injusto proteger a parte requerida em seu detrimento, tendo em vista a morosidade de um processo.

Nos dizeres de Didier Jr. (2015, p. 617), a tutela de evidência “é uma técnica processual, que diferencia o procedimento, em razão da evidência com que determinadas alegações se apresentam em juízo”.

Dispõe o artigo 311 do Código de Processo Civil:

A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando: I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte; II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante; III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa; IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável. Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

No caso do inciso I do referido artigo em tela podemos exemplificar quando o réu usa de meios para atrasar os atos processuais, configurando-se uma defesa abusiva e inadequada, o que de fato prejudicará a própria parte requerida caso fique realmente demonstrado o abuso em questão, porém a concessão da tutela de evidência no presente caso só poderá ser dada após a apresentação de defesa do réu.

Já no inciso II, poderá o juiz decidir liminarmente, ou seja, no início do processo, antes da contestação apresentada pelo réu. Do mesmo modo discorre o enunciado aprovado nº 30 no Seminário da Escola Nacional de Formação de Aperfeiçoamento de Magistrados:

É possível a concessão da tutela de evidência prevista no art. 311, II, do CPC/2015 quando a pretensão autoral estiver de acordo com orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle abstrato de constitucionalidade ou com tese prevista em súmula dos tribunais, independentemente de caráter vinculante.

No mesmo sentido, menciona o enunciado aprovado nº 31: “A concessão da tutela de evidência prevista no art. 311, II, do CPC/2015 independe do trânsito em julgado da decisão paradigma”.

Poderá o juiz também decidir liminarmente na ocasião do inciso III, conforme está expresso no enunciado aprovado nº 29 no Seminário da Escola Nacional de Formação de Aperfeiçoamento de Magistrados: “Para a concessão da tutela de evidência prevista no art. 311, III, do CPC/2015, o pedido reipersecutório deve ser fundado em prova documental do contrato de depósito e também da mora”.

Em relação ao inciso IV, deverá a parte autora apresentar prova idônea dos fatos alegados, bem como que o réu não apresente prova capaz de gerar dúvida. Neste caso, a concessão da tutela apenas poderá ser deferida após a apresentação da defesa pelo réu.

Importante ressaltar que não se deve confundir a concessão da tutela de evidência com o julgamento antecipado da lide, pois aquela possui uma decisão revogável e provisória, diferente deste, em que será feito o julgamento antecipado definitivo em razão de as provas dos autos serem suficientes para a prolação da sentença ou no caso da revelia.

Por fim, o recurso adequado quando ocorrer a concessão ou o indeferimento da tutela de evidência é o agravo de instrumento, visto que se trata de uma decisão de natureza interlocutória, devendo o recurso ser interposto no prazo de 15 (quinze) dias, nos termos do artigo OK1.015, inciso I, do Código de Processo Civil.⁴

3 Procedimento geral das tutelas provisórias

As tutelas provisórias em geral poderão ser concedidas em caráter antecedente ou incidental, observando-se que a tutela provisória concedida em caráter incidental, ou seja, no próprio curso do processo, não necessita do recolhimento das custas processuais.

⁴ Artigo 1.015, CPC: “Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - tutelas provisórias”.

Assim dispõe o Enunciado nº 29 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "A decisão que condicionar a apreciação da tutela antecipada incidental ao recolhimento de custas ou a outra exigência não prevista em lei equivale a negá-la, sendo impugnável por agravo de instrumento".

Diz provisória, pois as decisões, tanto antecipada quanto acautelatória, podem ser revogadas ou modificadas após o aprofundamento cognitivo do magistrado, porém, após ser deferida sua eficácia, será conservada em todo o curso processual.

Destarte, a decisão de deferimento da tutela antecipada ou cautelar possui natureza de decisão interlocutória, cabendo recurso dessa decisão na modalidade de agravo de instrumento, que por sinal não possui efeito suspensivo. Desta forma, enquanto não houver o julgamento do referido recurso, ou não lhe for concedido o efeito suspensivo, a tutela concedida continuará produzindo seus efeitos.

Em caso de sentença procedente, havendo a concessão da tutela provisória no curso do processo, enquanto não for julgado o recurso cabível de apelação, os efeitos da tutela ainda continuarão a produzir seus efeitos, visto que o recurso de apelação não possui efeito suspensivo como o do agravo de instrumento.

Ao passo que, se a sentença for improcedente e houver sido concedida a tutela provisória no curso do processo, baseando-se também na não concessão do efeito suspensivo no caso de recurso de apelação, aquilo que se foi provisoriamente deferido deixará de produzir seus efeitos, visto que a decisão final do magistrado foi pela improcedência do pedido, ou seja, em sentido contrário ao concedido na tutela provisória, devendo o juiz constar expressamente na sentença caso queira manter aquilo que se foi tutelado mesmo que a sentença seja prolatada em sentido diverso.

É de suma importância que todas as decisões do magistrado referentes à tutela provisória sejam devidamente fundamentadas de acordo com o convencimento do juiz, nos casos em que conceder, negar, modificar ou revogar a tutela apreciada.

Assim também prevê a Constituição Federal em seu artigo 93, inciso IX:

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes.

Em caso de suspensão do processo, a tutela provisória terá sua eficácia conservada, salvo se houver decisão judicial em contrário.

Apresenta no mesmo sentido o enunciado aprovado nº 26 no Seminário da Escola Nacional de Formação de Aperfeiçoamento de Magistrados:

Caso a demanda destinada a rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada seja ajuizada tempestivamente, poderá ser deferida em caráter liminar a antecipação dos efeitos da revisão, reforma ou invalidação pretendida, na forma do art. 296, parágrafo único, do CPC/2015, desde que demonstrada a existência de outros elementos que ilidam os fundamentos da decisão anterior.

Quanto à execução das tutelas provisórias, poderá o juiz determinar as medidas que entender necessárias, observando-se, no que couber, as normas referentes ao cumprimento provisório de sentença.

Importante ressaltar que o título da execução é provisório, podendo ser modificado, porém a execução será processada como se definitiva fosse. Além disso, a forma a ser procedida na execução dependerá da natureza da obrigação, como, por exemplo, a obrigação de pagar, de fazer ou não fazer, devendo a aplicabilidade do cumprimento provisório ser nos moldes estabelecidos pelo magistrado, de acordo com os meios necessários para garantir a efetividade da tutela jurisdicional.

Assim, será o juiz responsável pela devida aplicabilidade da tutela provisória concedida. Caso a tutela seja de urgência, poderá o juiz, de acordo com o caso concreto, exigir caução real ou fidejussória⁵ idônea em razão de possíveis danos que poderão acarretar à parte contrária, ao passo que a caução também poderá ser dispensada se ficar comprovado que a parte é economicamente hipossuficiente e não poderá oferecê-la.

Portanto, nessa hipótese, busca-se a melhor forma para se proceder à execução da tutela provisória sem que ocasione alguma perda ou dano para a parte requerida. Estamos diante de uma contracautela, de modo que sempre que houver risco poderá ser determinada a exigência de caução.

Em relação à competência do juízo para se decidir a tutela provisória incidental, tanto para a tutela de urgência (satisfativa ou cautelar) quanto para a de evidência, deverá ser requerida ao juízo da causa.

⁵ Caução Real ou Fidejussória: a primeira será quando a garantia dada para assegurar uma obrigação se tratar de um bem móvel ou imóvel, ao passo que a segunda será quando a garantia dada for pessoal.

No tocante às ações de competência originária de tribunal e nos recursos, as espécies de tutelas provisórias deverão ser requeridas ao órgão que possuir competência para a apreciação do mérito da causa, exceto em caso de disposição especial.

3.1 Tutela antecipada concedida em caráter antecedente

Trata-se de um procedimento para requerer a tutela satisfativa em caráter antecedente.

A petição inicial para o requerimento de ambas as tutelas, antecipada e cautelar, deverá ser de forma simplificada, limitando-se nos termos do artigo 303 do Código de Processo Civil: “[...] a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo”, devendo estar devidamente demonstrados os requisitos do *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

Ainda, deverá constar na petição o valor da causa, baseando-se no pedido da tutela final pretendida e, assim, não sendo o autor beneficiário da justiça gratuita, imediatamente deve recolher as custas processuais.

Importante que o autor na petição inicial expresse claramente a urgência de seu pedido, ou seja, o motivo pelo qual requer a tutela antecipada.

A petição inicial antecedente poderá ser emendada, caso o juiz entenda que não há elementos suficientes para a concessão da tutela antecipada, estabelecendo o prazo de 05 (cinco) dias para o autor providenciar a emenda, corrigindo eventual defeito na petição ou providenciar a juntada de um documento essencial para o deferimento da tutela. Porém, se o autor não providenciar a emenda no prazo estabelecido, a petição inicial será indeferida, com a consequente extinção do processo sem o julgamento do mérito.

Após o pedido constante na petição inicial ser deferido, deverá o autor, no prazo de 15 (quinze) dias ou em outro prazo maior, aditá-la, complementando sua argumentação, bem como realizar a juntada de novos documentos e a confirmação do pedido de tutela final.

No aditamento da petição inicial não poderá o autor modificar seu pedido, possibilitando a lei apenas a sua confirmação, sendo os novos documentos juntados também para confirmar a importância e urgência de seu pedido, além de o autor poder indicar novas provas que pretende produzir futuramente.

O aditamento ocorrerá nos mesmos autos em que foi proposto o pedido antecedente, não necessitando do recolhimento de custas processuais, visto que já foram recolhidas anteriormente tendo como base o valor do pedido final.

Em seguida, será providenciada a citação e intimação do réu para comparecer à audiência de conciliação ou mediação, bem como na citação tomará conhecimento da tutela antecipada em caráter antecedente que foi deferida em benefício do autor e, se não houver conciliação, será iniciado o prazo de 15 (quinze) dias para o réu apresentar sua contestação a partir da audiência.

Da decisão que deferiu o pedido de tutela antecipada em caráter antecedente, por se tratar de natureza de decisão interlocutória, caberá recurso de agravo de instrumento.

Após ser deferida a tutela antecipada e o autor providenciar seu aditamento, a ação seguirá pelo procedimento comum e, caso o autor não providencie o aditamento, o processo será extinto sem resolução de mérito, sendo encerrada a eficácia da tutela concedida.

Ainda se tratando da tutela antecipada, sendo esta concedida em caráter antecedente e da decisão não sendo interposto o recurso cabível, a tutela antecipada será estabilizada. Assim, ficando demonstrado que as partes concordam com a decisão da tutela, não haverá necessidade de continuação, sendo extinto o processo.

Contudo, importante salientar que tal dispositivo faz menção apenas à tutela antecipada, não mencionando a estabilização para a tutela cautelar, podendo-se concluir que a tutela cautelar é a adoção de uma providência temporária, sendo eficaz apenas até o momento em que a parte tenha satisfeito seu pedido principal; assim, não poderão os efeitos cautelares ser estabilizados.

Também no mesmo dispositivo, entende-se que para a tutela de evidência, mesmo que não expressamente definida em lei a sua estabilização, será possível essa possibilidade, bem como se entende possível a estabilização de tutela antecipada requerida incidentalmente.

Em relação à possibilidade da interposição de recurso, ficou convenção no enunciado aprovado nº 28 no Seminário da Escola Nacional de Formação de Aperfeiçoamento de Magistrados o seguinte: "Admitido o recurso interposto na forma do art. 304 do CPC/2015, converte-se o rito antecedente em principal para apreciação definitiva do mérito da causa, independentemente do provimento ou não do referido recurso".

Assim, a ausência de recurso contra a decisão que antecipou a tutela satisfativa em favor do autor terá como consequência a estabilização da tutela antecipada, bem como a extinção do processo. No entanto, a lei permite que qualquer das partes proponha nova ação com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada, na qual caberá ao autor da ação anterior, mesmo que seja o réu da nova ação, provar aquilo que foi alegado para a concessão da tutela antecipada em caráter antecedente.

Porém, uma vez estabilizada, serão conservados os efeitos da tutela antecipada enquanto ela não for revista, reformada ou invalidada, através de decisão de mérito em nova ação proposta.

Pode ainda o autor da nova ação requerer a tutela antecipada para a suspensão dos efeitos da ação anterior.

Qualquer uma das partes poderá requerer o desarmamento dos autos em que houve a estabilização, para que possa instruir a petição inicial da nova ação, sendo prevento o juiz que concedeu a estabilização da tutela antecipada anteriormente deferida.

Contudo, o prazo decadencial para a propositura da nova ação que pretende rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada é de 02 (dois) anos, contados a partir da ciência da decisão que extinguiu o processo.

Quanto à estabilização, diz o enunciado aprovado nº 27 no Seminário da Escola Nacional de Formação de Aperfeiçoamento de Magistrados: “Não é cabível ação rescisória contra decisão estabilizada na forma do art. 304 do CPC/2015”.

Do mesmo modo também ficou decidido no Enunciado nº 33 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Não cabe ação rescisória nos casos de estabilização da tutela antecipada de urgência”. Assim, após o prazo estabelecido em lei não será possível a discussão entre as partes quantos aos efeitos da estabilização.

Ocorre que, em sua doutrina, Misael Montenegro Filho menciona posicionamento divergente em relação à possibilidade de ajuizamento da ação rescisória:

Contudo, ultrapassado o prazo sem que o direito de ação seja exercitado, a relação de direito material é acobertada pelo manto da coisa julgada, sem que possa ser (re)discutida, ressalvada a possibilidade do ajuizamento da ação rescisória, fundada em uma das hipóteses listadas no artigo 966 (MONTENEGRO FILHO, 2016, p. 321).

Desta forma, nada impede que qualquer das partes ingresse com uma nova demanda, discutindo o mesmo bem, porém sem vínculo nenhum com a ação anterior.

Portanto, a concessão da tutela antecipada em caráter antecedente irá proporcionar ao autor o adiantamento de efeitos do futuro provimento de mérito, possibilitando que ele possa usufruir daquilo que só iria gozar ao final, desde que o pedido seja deferido e sejam esgotados os recursos com efeito suspensivo.

3.2 Tutela cautelar concedida em caráter antecedente

Em se tratado do procedimento da tutela cautelar (conservativa), concedida em caráter antecedente, observa-se que há uma diferenciação entre esse procedimento e a tutela satisfativa concedida nos mesmos moldes.

A petição inicial deverá indicar, nos termos do artigo 305 do Código de Processo Civil, "a lide e seu fundamento, a exposição sumária do direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo", além da presença dos requisitos de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Ainda, deverá o juiz observar se o pedido possui natureza antecipada e não cautelar, pois neste caso o procedimento a ser adotado será o da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, qual seja, o artigo 303, do Código de Processo Civil, já abordado anteriormente.

Nesse sentido leciona Montenegro Filho (2016, p. 321):

Em atenção aos princípios de instrumentalidade das formas e da fungibilidade, se o autor equivocadamente formula pedido de tutela provisória cautelar, quando deveria ter formulado pedido de tutela provisória antecipada (leia-se: por pretender obter providência satisfativa), o juiz recebe um como se o outro houvesse sido formulado, advertindo o autor a este respeito, sobretudo para que adite a petição inicial no prazo de 15 (quinze) dias, complementando a sua argumentação, juntando novos documentos e para que formule o pedido de tutela final.

Em seguida, o réu será citado para em 05 (cinco) dias contestar o pedido de tutela cautelar e indicar as provas que pretende produzir. Nesse caso, tanto faz se a liminar foi deferida ou indeferida, porém, se a liminar for deferida, o réu receberá o mandado de citação e de intimação dessa decisão.

Se o pedido for contestado pelo réu no prazo legal de 15 (quinze) dias, seguirá o processo de acordo com o procedimen-

to comum, entretanto, se o pedido não for contestado, os fatos alegados pelo autor serão aceitos como verdadeiros, ou seja, será decretada a revelia do requerido e, após, o juiz decidirá no prazo de 05 (cinco) dias de acordo com o seu convencimento, uma vez que a revelia não indica o julgamento procedente da ação.

No tocante à não apresentação de defesa pelo réu, menciona Montenegro Filho (2016, p. 322): “a presunção de veracidade dos fatos afirmados pelo autor, decorrente da não apresentação da defesa pelo réu, é relativa e limitada à tutela provisória cautelar, não produzindo efeitos em relação ao pedido de tutela final”.

Da decisão interlocutória do magistrado caberá recurso na modalidade de agravo de instrumento, salvo se ficar reconhecida a prescrição ou decadência do direito do autor, sujeitando a sentença.

Sendo executada a medida cautelar requerida pelo autor, este deverá dar sequência com o pedido principal no prazo de 30 (trinta) dias, a partir do momento em que a tutela for efetivada, porém, se a cautelar for indeferida, nada impede que o autor postule o seu pedido principal, decidindo o magistrado da mesma forma, salvo se for reconhecida a decadência ou prescrição do pedido, pois aqui a decisão será de mérito e faz coisa julgada.

Contudo, o pedido principal ocorrerá nos mesmos autos, sendo desnecessário o recolhimento de novas custas processuais, portanto não há mais o que se falar em processo autônomo para a tutela cautelar, podendo ainda o autor, junto com o pedido principal, aditar a causa de pedir.

Nos dizeres de Montenegro Filho (2016, p. 323), “a permissibilidade para o aditamento da causa de pedir é justificada pelo fato de o réu não ter sido ainda citado, não tendo ocorrido a estabilização da lide”.

Outrossim, pode a parte requerida apresentar duas contestações, sendo uma do pedido cautelar e a outra do pedido principal.

Porém, a atual sistemática permite a faculdade da parte em requerer o pedido principal junto ao pedido cautelar antecedente; assim, deferida a tutela cautelar, não será mais necessário o aditamento da petição inicial.

Se o pedido principal for apresentado posteriormente ao pedido da tutela cautelar, as partes deverão ser intimadas, através de seu advogado ou pessoalmente, da designação de audiência de conciliação ou de mediação e, não havendo autocomposição, terá início o prazo para apresentar a contestação.

Uma vez decidido o pedido cautelar, essa decisão não fará coisa julgada material, visto que tal tutela não possui autonomia.

O artigo 309 do Código de Processo Civil menciona as formas de cessação da eficácia da tutela concedida em caráter antecedente:

Cessa a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente, se: I - o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal; II - não for efetivada dentro de 30 (trinta) dias; III - o juiz julgar improcedente o pedido principal formulado pelo autor ou extinguir o processo sem resolução de mérito.

Na hipótese mencionada no inciso I do referido artigo, caso o autor não conclua o pedido, não haverá a extinção do processo principal, devendo este prosseguir para a análise de seu pedido. Entretanto, se o autor não providenciar o disposto no inciso II, não será cessada a eficácia se ficar comprovada que a execução da medida não ocorreu por fatos alheios à vontade do autor. Já no inciso III, o pedido principal será julgado improcedente, pois não terá mais sentido a eficácia da tutela concedida em caráter antecedente.

Ocorrendo alguma das hipóteses do artigo 309 do Código de Processo Civil, a parte não poderá renovar o pedido, apenas em caso de novo fundamento, ou seja, nova causa de pedir.

Importante mencionar que a cessação da eficácia se dá nas tutelas cautelares e antecipadas, e em ambas o autor deverá responder pelo dano processual e pelos prejuízos causados à parte adversa.

Por fim, a tutela cautelar possui como característica essencial a sua instrumentalidade em relação ao pedido principal, desde que demonstrada a urgência da concessão de sua medida.

Conclusão

Com a nova dinâmica do Código de Processo Civil, estamos diante da unificação das tutelas provisórias, trazendo, assim, vários benefícios que irão certamente contribuir para a celeridade processual, bem como o acesso universal à justiça, a economia processual e a instrumentalidade das formas.

Como exemplo, pode-se mencionar a tutela de urgência cautelar, que não possui mais a necessidade de um processo anterior e autônomo para a concessão da liminar, o que é vantajoso, visto que simplifica, e muito, a dinâmica processual, prin-

principalmente em se tratando de tempo e da celeridade, que é de suma importância para a parte que pretende ter o seu direito resguardado.

Outro aspecto que merece enfoque é quanto à possibilidade de estabilização da tutela antecipada satisfativa concedida em caráter antecedente caso a decisão que a concedeu não seja recorrida.

Ressalta-se, assim, a importância do novo parâmetro processual civil, que através da aplicação instantânea do Direito busca de uma melhor forma a resolução de conflitos, bem como a aplicação dos princípios constitucionais de forma mais efetiva com o escopo de concretizar a garantia dos direitos humanos e fundamentais.

Deste modo, em razão do princípio da eficiência, o Estado está mais empenhado em aplicar a concessão das medidas preventivas e satisfativas com a finalidade de uma prestação jurisdicional célere, superando a limitação do aspecto temporal do procedimento.

Durante o decorrer do presente artigo, as diferenças e igualdades de cada tipo de tutela foram devidamente explicadas, pois cada medida, seja ela antecipatória, cautelar ou de evidência, possui suas peculiaridades, mesmo que ainda a doutrina e jurisprudência devam apresentar esclarecimentos sobre alguns aspectos relevantes.

Por fim, espera-se ter alcançado o objetivo pretendido deste artigo, qual seja, a definição das tutelas de urgência, antecipada e cautelar, e a tutela de evidência, bem como o procedimento específico para cada medida, com enfoque nas tutelas antecipadas e cautelares concedidas em caráter antecedente, sendo ambas uma inovação da Lei Processual Civil.

Portanto, tais inovações processuais buscam dar efetividade e garantia aos direitos daqueles que poderiam ser lesionados caso não houvesse a possibilidade de uma resposta célere do Poder Judiciário.

Referências

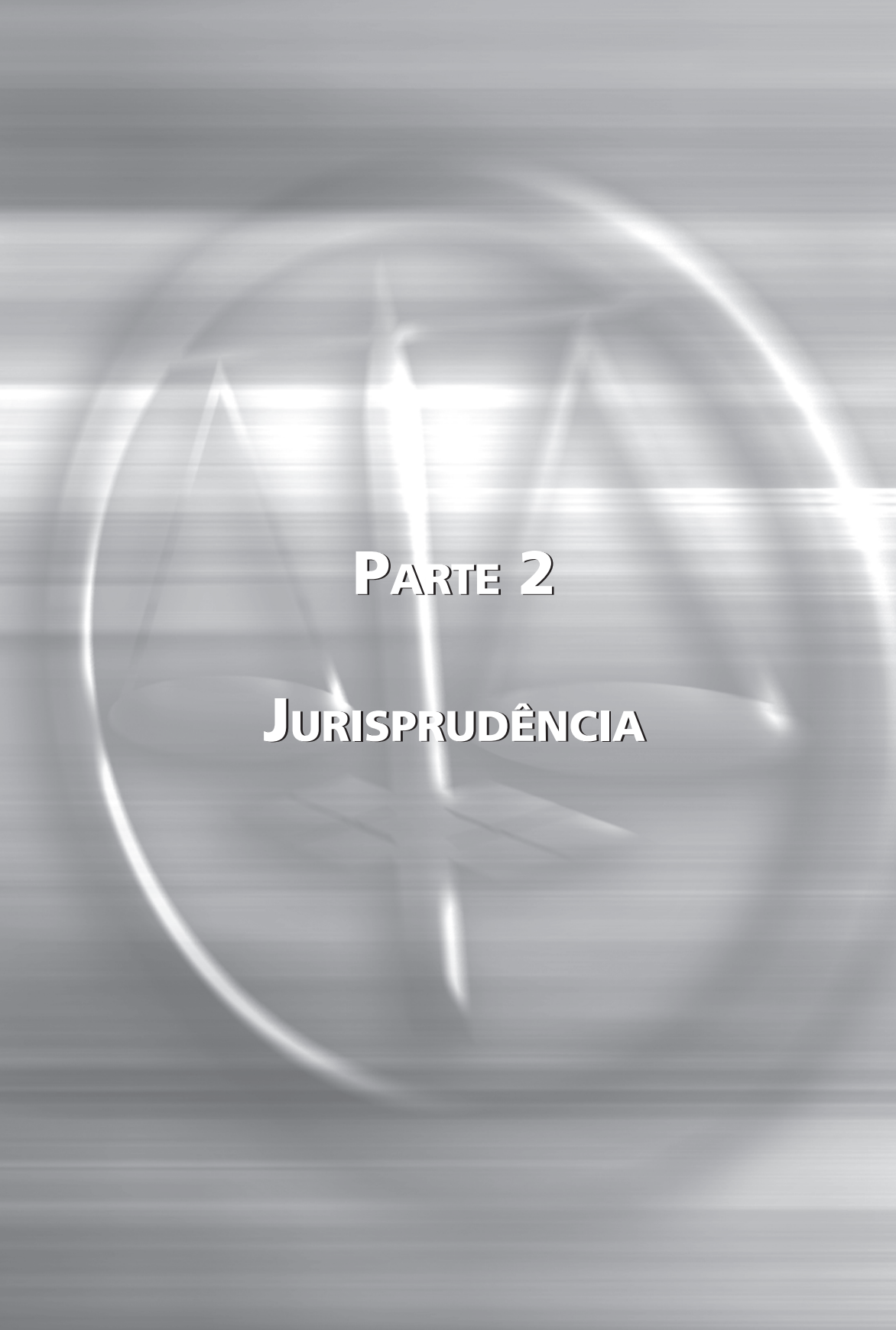
BRASIL. **Códigos de Processo Civil Comparados**: 2015-1973.1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

(OK. RETIRAR ESTA REFERÊNCIA).
(POR GENTILEZA, SUBSTITUIR A REFERÊNCIA DESTES PARÁGRAFOS PELO REDIGIDO ABAIXO:)

DIDIER JR. F.; BRAGA, P.S.; OLIVEIRA, R. A. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. v. 2.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil:** medidas de urgência, tutela antecipada e ação cautelar, procedimentos especiais. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015. v. 3.

_____. **Novo Código de Processo Civil Comentado.** 1. ed. São Paulo: Atlas, 2016.



PARTE 2

JURISPRUDÊNCIA

Superior Tribunal de Justiça

Recuperação Judicial. Cessão fiduciária sobre direitos sobre coisa móvel e sobre títulos de crédito. Não sujeição aos efeitos da recuperação judicial.¹

EMENTA OFICIAL

RECURSO ESPECIAL. RECUPE-
RAÇÃO JUDICIAL. CESSÃO
FIDUCIÁRIA SOBRE DIREITOS SO-
BRE COISA MÓVEL E SOBRE TÍTU-
LOS DE CRÉDITO. CREDOR TITU-
LAR DE POSIÇÃO DE PROPRIETÁ-
RIO FIDUCIÁRIO SOBRE DIREITOS
CREDITÍCIOS. NÃO SUJEIÇÃO AOS
EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDI-
CIAL, NOS TERMOS DO § 3º DO
ART. 49 DA LEI N. 11.101/2005.
MATÉRIA PACÍFICA NO ÂMBITO
DAS TURMAS DE DIREITO PRIVA-
DO DO STJ. PRETENSÃO DE SUB-
METER AOS EFEITOS DA RECUPE-
RAÇÃO JUDICIAL, COMO CRÉDI-
TO QUIROGRAFÁRIO, OS CON-
TRATOS DE CESSÃO FIDUCIÁRIA
QUE, À ÉPOCA DO PEDIDO DE RE-
CUPERAÇÃO JUDICIAL, NÃO SE
ENCONTRAVAM REGISTRADOS
NO CARTÓRIO DE TÍTULOS E DO-
CUMENTOS DO DOMICÍLIO DO
DEVEDOR, COM ESTEIO NO § 1º
DO ART. 1.361-A DO CÓDIGO CI-
VIL. INSUBSISTÊNCIA. RECURSO
ESPECIAL IMPROVIDO.

1. Encontra-se sedimentada no âmbito das Turmas que compõem a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça a compreensão

de que a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de créditos (caso dos autos), justamente por possuírem a natureza jurídica de propriedade fiduciária, não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do § 3º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005.

2. O Código Civil, nos arts. 1.361 a 1.368-A, limitou-se a disciplinar a propriedade fiduciária sobre bens móveis infungíveis. Em relação às demais espécies de bem, a propriedade fiduciária sobre eles constituída é disciplinada, cada qual, por lei especial própria para tal propósito. Essa circunscrição normativa, ressalta-se, restou devidamente explicitada pelo próprio Código Civil, em seu art. 1.368-A (introduzido pela Lei n. 10.931/2004), ao dispor textualmente que *“as demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições desse Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial”*.

¹ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1458133&num_registro=201501365610&data=20160303&formato=PDF>

2.1. Vê-se, portanto, que a incidência subsidiária da lei adjetiva civil, em relação à propriedade/titularidade fiduciária sobre bens que não sejam móveis infugíveis, regulada por leis especiais, é excepcional, somente se afigurando possível no caso em que o regramento específico apresentar lacunas e a solução ofertada pela “lei geral” não se contrapuser às especificidades do instituto por aquela regulada.

3. A exigência de registro, para efeito de constituição da propriedade fiduciária, não se faz presente no tratamento legal ofertado pela Lei n. 4.728/95, em seu art. 66-B (introduzido pela Lei n. 10.931/2004) à cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito (bens incorpóreos e fungíveis, por excelência), tampouco com ela se coaduna.

3.1. A constituição da propriedade fiduciária, oriunda de cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis e de títulos de crédito, dá-se a partir da própria contratação, afigurando-se, desde então, plenamente válida e eficaz entre as partes. A consecução do registro do contrato, no tocante à garantia ali inserta, afigura-se relevante, quando muito, para produzir efeitos em relação a terceiros, dando-lhes a correlata publicidade.

3.2. Efetivamente, todos os direitos e prerrogativas conferidas ao credor fiduciário, decorrentes da cessão fiduciária, devidamente explicitados na lei (tais como, o direito de posse do título, que

pode ser conservado e recuperado ‘inclusive contra o próprio cedente’; o direito de ‘receber diretamente dos devedores os créditos cedidos fiduciariamente’, a outorga do uso de todas as ações e instrumentos, judiciais e extrajudiciais, para receber os créditos cedidos, entre outros) são exercitáveis imediatamente à contratação da garantia, independente de seu registro.

3.3. Por consectário, absolutamente descabido reputar constituída a obrigação principal (mútuo bancário, representado pela Cédula de Crédito Bancário emitida em favor da instituição financeira) e, ao mesmo tempo, considerar pendente de formalização a indissociável garantia àquela, condicionando a existência desta última ao posterior registro.

3.4. Não é demasiado ressaltar, aliás, que a função publicista é expressamente mencionada pela Lei n. 10.931/2004, em seu art. 42, ao dispor sobre cédula de crédito bancário, em expressa referência à constituição da garantia, seja ela fidejussória, seja ela real, como no caso dos autos. O referido dispositivo legal preceitua que essa garantia, **“para valer contra terceiros”,** ou seja, **para ser oponível contra terceiros,** deve ser registrada. De se notar que o credor titular da posição de proprietário fiduciário sobre direitos creditícios (excluído dos efeitos da recuperação judicial, segundo o § 3º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005) não opõe essa garantia real aos credores da recuperanda, mas sim aos deve-

dores da recuperanda, o que robustece a compreensão de que a garantia sob comento não diz respeito à recuperação judicial. Assentado que está que o direito creditício sobre o qual recai a propriedade fiduciária é de titularidade (resolúvel) do banco fiduciário, este bem, a partir da cessão, não compõe o patrimônio da devedora fiduciante – a recuperanda, sendo, pois, inacessível aos seus demais credores e, por conseguinte, sem qualquer repercussão na esfera jurídica destes. Não se antevê, por conseguinte, qualquer frustração dos demais credores da recuperanda que, sobre o bem dado em garantia (fora dos efeitos da recuperação judicial), não guardam legítima expectativa.

4. Mesmo sob o enfoque sustentado pelas recorrentes, *ad argumentandum*, caso se pudessem entender que a constituição da cessão fiduciária de direitos creditícios tenha ocorrido apenas com o registro e, portanto, após o pedido recuperacional, o respectivo crédito, também desse modo, afastar-se-ia da hipótese de incidência prevista no *caput* do art. 49 da Lei n. 11.101/2005, *in verbis*: “*Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos*”.

5. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tri-

bunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Ressalvados os entendimentos dos Ministros Moura Ribeiro e Paulo de Tarso Sanseverino.

Os Srs. Ministros Moura Ribeiro (voto-vista), João Otávio de Noronha (Presidente) e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedido o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

Brasília, 17 de dezembro de 2015 (data do julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze, relator.

REsp nº 1.559.457 - MT (2015/0136561-0) - DJe: 03/03/2016.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE:

Dibox Distribuição de Produtos Alimentícios Broker Ltda., Andorra Logística e Transportes Ltda. e Exectis Administração e Participações S.A. - Em Recuperação Judicial interpõem recurso especial, fundado na alínea “a” do permissivo constitucional, em contrariedade ao aresto prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, assim ementado:

RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECUPERAÇÃO JUDICIAL - DEFERIMENTO DE LIBERAÇÃO DE VALORES GARANTIDOS POR CESSÃO FIDUCIÁRIA - TRAVA BANCÁRIA

- CREDOR DE CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO - CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DIREITOS E TÍTULOS DE CRÉDITO - EXCLUSÃO DOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL - INTELGÊNCIA DO ART. 49, § 3º, DA LEI N. 11.101/2005 - AUSÊNCIA DE REGISTRO DO CONTRATO - IRRELEVÂNCIA - EFEITO *ERGА OMNES* - DECISÃO REFORMADA - RECURSO PROVIDO.

Pelo sistema da 'trava bancária' a instituição financeira credora, em caso de inadimplência do devedor, recebe seu crédito a partir dos depósitos dos recebíveis do financiado, os quais são depositados em conta corrente especial controlada pela credora e somente são liberados quando o financiado estiver em dia com suas obrigações.

Embora o Código Civil, em seu artigo 1.361 trate apenas da propriedade fiduciária sobre bem "móvel infungível", não excluiu outras modalidades de propriedade fiduciária existentes na legislação extravagante. É o caso da cessão fiduciária de direitos creditórios, prevista no § 3º do artigo 66-B da Lei n. 4.728/65, com redação dada pela Lei n. 10.931/04, que disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento.

O crédito garantido por negócio fiduciário, especificamente, cessão fiduciária de direitos creditórios não se submete ao procedimento de recuperação judicial da empresa devedora, por expressa previsão legal (art. 49, § 3º da Lei n. 11.10/05).

Não há obrigatoriedade de registro do instrumento de cessão fiduciária, para que a obrigação se forme validamente, vinculando cedente e cessionário. O registro, portanto, é necessário apenas para tornar a cessão oponível a terceiros, mas não para emprestar-lhe validade e força vinculativa entre as partes.

No bojo da recuperação judicial de Dibox Distribuição de Produtos Alimentícios Broker Ltda., Andorra Logística e Transportes Ltda. e Executis Administração e Participações S.A., o r. Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Várzea Grande/MT deferiu, liminarmente, o pedido efetuado pelas recuperandas (e-STJ, fls. 77-127), para, em relação ao Banco Votorantim S.A., determinar a liberação das garantias denominadas "travas bancárias" e, portanto dos saldos e valores creditados em conta vinculada à Cédula de Crédito Bancário n. 10153765, existente na data do pedido de recuperação judicial e após o deferimento de seu processamento, bem como para que a instituição bancária se abstenha de reter tais valores, disponibilizando-os para livre movimentação.

Para tanto, reconheceu, em suma, que, a despeito de a cessão fiduciária constituída sobre os créditos do devedor fiduciário encontrar-se abrangida pela exceção prevista no art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/05 (não se sujeitando, em regra, portanto, aos efeitos da recuperação judicial), afigura-se descabida, por outro

lado, a retirada da empresa recuperanda dos bens de capital essenciais ao desenvolvimento de sua atividade, enquanto perdurar o prazo de suspensão de que trata o art. 6º, § 4º, do mesmo diploma legal. Compreendeu-se, ainda, que, comprovado que o respectivo contrato não foi devidamente registrado, “de modo a aperfeiçoar a garantia da cessão fiduciária, os créditos deles decorrentes não podem ser tidos como extraconcursais, mas sim como quirografários e, portanto, sujeitos aos efeitos da recuperação judicial”.

Pela pertinência, transcreve-se excerto da fundamentação adotada pelo magistrado de piso:

[...] Sem embargo do entendimento ora adotado pela exclusão de tais espécies de crédito do alcance da recuperação judicial, revela-se controvertida outra questão acerca da ressalva, contida na parte final do § 3º, do art. 49, que impede a retirada da empresa recuperanda de bens de capital essenciais ao desenvolvimento de suas atividades, enquanto perdurar o prazo de suspensão de que trata o art. 6º, § 4º, da lei de regência. A controvérsia reside em torno da possibilidade dos recebíveis dados em garantia de cessão fiduciária serem abrangidos no conceito de “bens de capital essencial” contemplado na parte final do citado dispositivo legal. Não é desconhecido pelo Juízo o recente posicionamento adotado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso

Especial n. 1.263.500/ES, que teve como relatora a Ministra Maria Isabel Gallotti, no sentido de assegurar a chamada “trava bancária” nas recuperações judiciais. Entretanto, ousou divergir do entendimento majoritário exposto pelo voto condutor para abraçar a tese da impossibilidade da incidência da trava bancária durante o período de suspensão de que trata o art. 6º, § 4º, da Lei n. 11.101/05. [...]

Admitir a manutenção da chamada trava bancária, possibilitando o bloqueio dos valores arrecadados pela empresa em recuperação judicial para a amortização dos empréstimos, estar-se-ia impedindo a utilização dos recursos obtidos no exercício regular de sua atividade, sem levar em consideração a necessidade de se manter o capital de giro, o custo de sua produção, e outros fatores econômicos, gerando o engessamento nas atividades da empresa que está em processo de recuperação. [...]

Portanto, evidente o prejuízo para a empresa recuperanda caso a medida postulada não seja deferida, uma vez que a manutenção da trava bancária poderá comprometer suas atividades em razão da falta de capital, decorrente da apropriação de grande parte do faturamento da empresa, conduzindo a mesa a uma situação de iminente estado falimentar, inviabilizando por completa a pretendida recuperação judicial.

Não obstante tais considerações, deve-se atentar para a informação trazida pelas recuperandas acerca da

classificação dos créditos das instituições financeiras com relação a alguns contratos que devem ser tidos como quirografários, a despeito de constar nos instrumentos a cessão fiduciária sobre recebíveis. Isso porque, segundo a alegação das recuperandas tais contratos não teriam sido registrados, tornando-se ineficazes a garantia real constituída sobre tais créditos. De fato, conforme estabelece o § 1º, do art. 1.361 do Código Civil, o registro do contrato no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor é requisito indispensável para a constituição da propriedade fiduciária, não se tratando de mero ato de publicidade a fim de conferir ao negócio efeito erga omnes. Portanto, não há como se negar que a validade e eficácia da Cédula de Crédito Bancário independe de registro, todavia, as garantias reais por ela constituídas ficam sujeitas, para valer contra terceiros, ao registro exigido pelo § 1º do art. 1.361 do Código Civil. É pois, o que estabelece o art. 42 da Lei n. 10.931/2004, senão vejamos:

“Art. 42. A validade e eficácia da Cédula de Crédito Bancário não dependem de registro, mas as garantias reais, por ela constituídas, ficam sujeitas, para valer contra terceiros, aos registros ou averbações previstos na legislação aplicável, com

as alterações introduzidas por esta Lei”.

Assim, comprovada a veracidade da alegação de que os contratos firmados com as instituições financeiras [...], não foram devidamente registrados, de modo a aperfeiçoar a garantia de cessão fiduciária, os créditos deles decorrentes não podem ser tidos como extraconcursais, mas sim como quirografários e, portanto, sujeitos aos efeitos da recuperação judicial. [...]

Deste modo, considerando ineficazes as garantias perante os demais credores, não podem as instituições financeiras em questão receber os créditos relativos a tais contratos fora da recuperação judicial, a medida em que, submetem-se aos seus efeitos, razão pela qual deve ser liberada a trava bancária que recai sobre os valores depositados nas contas vinculadas aos contratos sem registro, também por essa razão.[...]

Com efeito, diante das considerações acima, DEFIRO PARCIALMENTE o pedido formulado pela recuperanda, pelo qual determino:
[...]

d) a intimação do Banco Votorantim para que libere o saldo e os valores creditados na conta vinculada 1007034-6, da agência 10153765, existentes na data do pedido (13/6/2013), bem como os créditos nela creditados a partir da data do deferimento (14/06/2013), estornando os valores debita-

dos nessa conta destinados à quitação/amortização de empréstimos/encargos desde 13/06/2013, abstendo-se de reter esses valores, que deverão ficar à disposição das recuperandas para livre movimentação, sob a fiscalização do Administrador Judicial;

O Banco Votorantim deverá ser intimado para, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, devolver os valores retirados da conta movimento 291.356.201-6, da agência 001, a partir da data do pedido de recuperação judicial (13/06/2013), para quitação/amortização de empréstimos/encargos, abstendo-se de realizar novos débitos com essas finalidades, devendo tais valores ficar à disposição das recuperandas para livre movimentação, sob a fiscalização do Administrador Judicial; sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais); - fls. 57-64 (e-STJ).

Em contrariedade ao *decisum*, Banco Votorantim S.A. interpôs agravo de instrumento, ao qual o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso conferiu provimento, para reconhecer que os créditos garantidos por cessão fiduciária pertencentes ao banco agravante não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial, sendo o registro prescindível para validade dos instrumentos, nos termos da ementa inicialmente reproduzida (fls. 2-25, e-STJ).

Opostos embargos de declaração, estes restaram rejeitados (e-STJ, fls. 507-5013).

Nas razões do presente recurso especial, Dibox Distribuição de

Produtos Alimentícios Broker Ltda., Andorra Logística e Transportes Ltda. e Executis Administração e Participações S.A. - Em Recuperação Judicial apontam violação dos arts. 6º, § 4º, 47 e 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005; 30, 42 e 66-B, §3º, da Lei n. 10.931/2004; e 1361, § 1º, do Código Civil.

Sustentam as recorrentes, em suma, que, a partir da entrada em vigor da Lei n. 10.931/2004, deve-se conferir tratamento distinto e individualizado entre as espécies de negócio fiduciário, de um lado, a alienação fiduciária de coisa móvel ou imóvel, em que se atribui ao credor a posse direta e indireta do bem objeto de propriedade fiduciária, e, de outro, caso dos autos, a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou títulos de crédito, em que se atribui ao credor a posse direta e indireta apenas do título representativo do direito ou do crédito. Invoca, no ponto, os fundamentos do voto vencido da lavra da eminente Ministra Nancy Andrighi, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.202.918/SP, em que se concluiu: “o § 3º do art. 49 da Lei n. 11.101/05 se limita a mencionar o ‘proprietário fiduciário de bens móveis e imóveis’, ou seja, o dispositivo legal contempla apenas a alienação fiduciária. Quando muito, poder-se-ia admitir que o dispositivo legal compreende também a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, mas jamais a cessão fiduciária de títulos de crédito.”

Subsidiariamente, caso se entenda que o crédito sob comento

se encontre realmente fora dos efeitos da Recuperação Judicial, propugnam uma interpretação sistêmica e atenta às finalidade do instituto recuperacional, para permitir a “utilização, pelas recuperandas, dos valores dos recebíveis dados em garantia ao Banco recorrido apenas e tão somente por 180 dias, ou seja, pelo prazo de blindagem da lei”. No ponto, invocam as ressalvas feitas pelo Ministro Luis Felipe Salomão, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.263.500/ES.

Afirmam, por fim, que, “se somente com o registro do contrato de cessão fiduciária se constitui a propriedade fiduciária do credor em relação aos títulos, aqueles contratos que ainda não estavam registrados no Registro de Títulos e Documentos quando do deferimento do processamento da recuperação judicial não serviram para transformar aqueles credores em proprietários fiduciários dos títulos objeto das cessões. E prosseguem: “não tendo aqueles credores assumido a posição de proprietários fiduciários dos direitos de crédito da devedora quando iniciada a recuperação judicial – porque os contratos de cessão ainda não tinham sido registrados –, os seus créditos perante a recuperanda não foram atingidos pela exceção prevista no art. 49, § 3º, da Lei de Recuperação de Empresa, devendo submeter-se aos efeitos da recuperação judicial.”

O Banco Votorantim S.A. apresentou contrarrazões às fls. 639-654 (e-STJ).

Em juízo de prelibação, o Tribunal de origem negou seguimento ao recurso especial, por entender que o entendimento exarado pela Turma Julgadora encontra-se em consonância com a jurisprudência do STJ, aplicando o enunciado n. 83 da Súmula desta Corte, e, quanto à questão afeta à necessidade ou não de registro, para a constituição da propriedade fiduciária, reconheceu-se a deficiência da fundamentação (e-STJ, fls. 665-670).

Em decisão monocrática, este subscritor negou provimento ao agravo (e-STJ, fls. 753-760). Em agravo regimental, reputou-se conveniente submeter a controvérsia ao Colegiado desta Terceira Turma (e-STJ, fls. 763-7814), notadamente em relação à questão afeta à necessidade ou não de registro, para a constituição da propriedade fiduciária, já que não se identificou o enfrentamento pontual da matéria por esta Corte de Justiça.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE (RELATOR):

De plano, cumpre esclarecer que a controvérsia instaurada no presente recurso especial, além de reprisar a discussão quanto à (não) submissão da cessão fiduciária de créditos aos efeitos da recuperação judicial, matéria há muito pacificada no âmbito das Turmas que compõem a Seção de Direito Privado do Superior Tribunal de Justiça, **veicula,**

ainda, questão inédita, consistente, em saber se o registro do correlato contrato no Cartório de Títulos e Documentos seria pressuposto à constituição da propriedade fiduciária do credor, e, como tal, segundo a ótica das insurgentes e com esteio no § 1º do art. 1.361 do Código Civil, faria com que os contratos de cessão fiduciária de crédito existentes à época do pedido de recuperação, mas ainda não registrados, se sujeitassem à recuperação judicial, na condição, inclusive, de créditos quirografários.

Em relação à primeira matéria vertida no recurso especial, conforme já adiantado, encontra-se sedimentada no âmbito da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a compreensão de que a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de créditos (caso dos autos), justamente por possuírem a natureza jurídica de propriedade fiduciária, não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do § 3º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005.

Cita-se, por oportuno, os julgados desta Corte de Justiça, em que se estabeleceram o posicionamento supracitado.

Proveniente desta Terceira Turma:

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CÉDULA DE CRÉDITO GARANTIDA POR CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DIREI-

TOS CREDITÓRIOS. NATUREZA JURÍDICA.

PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA. NÃO SUJEIÇÃO AO PROCESSO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. "TRAVA BANCÁRIA".

1. A alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, possuem a natureza jurídica de propriedade fiduciária, não se sujeitando aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005.

2. Recurso especial não provido. (REsp 1202918/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/03/2013, DJe 10/04/2013)

Destaca-se, do julgado acima referido, o seguinte excerto da fundamentação então adotada, *in totum* aplicável à hipótese dos autos:

O art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/05 dispõe:

"Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

(...)

§3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou

*irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, **seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva**, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.” (grifou-se)*

Da leitura do mencionado dispositivo legal, depreende-se que, em se tratando de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva.

Assim, resta investigar se a cessão fiduciária de títulos de crédito, modalidade do gênero negócio jurídico fiduciário, é considerada propriedade fiduciária.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho, a cessão fiduciária de títulos de crédito é definida como “o negócio jurídico em que uma das partes (cedente fiduciante) cede à outra (cessionária fiduciária) seus direitos de crédito perante terceiros (‘Recebíveis’) em garan-

tia do cumprimento de obrigações” (in, Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. Cessão Fiduciária de Títulos de Creditórios e a Recuperação Judicial do Devedor Cedente, Porto Alegre: Magister, 2004, v.37-jul/ago 2010, pág. 21).

No que se refere à propriedade fiduciária, Maria Helena Diniz ensina que “o devedor de empréstimo obtido junto ao credor transfere a este, em garantia, a propriedade de determinado bem ou de determinado crédito de sua titularidade” (DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil: Direito das coisas, 22 ed. São Paulo, Saraiva, 2007, págs. 576-577).

Desse modo, o credor fiduciário passa a ser titular da propriedade resolúvel do bem ou crédito até que ocorra evento futuro e incerto, qual seja o adimplemento integral das prestações avençadas no empréstimo.

[...]

Em síntese, com a vigência da Lei nº 10.931/2004, permitiu-se a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou de título de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor.

Além disso, a Lei nº 10.931/2004 também cuidou de incluir no Código Civil o art. 1.368-A, com a seguinte redação:

“Art. 1.368-A. As demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial.”

Desse modo, é inarredável a conclusão de que nosso ordenamento contempla a propriedade fiduciária que decorre de alienação fiduciária de bens móveis, infungíveis (artigos 1.361 a 1.368-A do Código Civil) e fungíveis (artigo 66-B da Lei nº 4.728, de 1965) e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou de títulos de crédito.

Conclui-se, assim, que a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, afiguram-se como (ou possuem a natureza jurídica de) propriedade fiduciária, não se sujeitando, portanto, aos efeitos da recuperação judicial, nos termos do § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005.

Como consequência, na hipótese de recuperação judicial, os direitos do proprietário fiduciário não podem ser suspensos, já que a posse direta e indireta do bem e a conservação da garantia são direitos assegurados ao credor fiduciário pela lei e pelo contrato.

Da Quarta Turma desta Corte de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONTRATO DE CESSÃO FIDUCIÁRIA DE DUPLICATAS. INCIDÊNCIA DA EXCEÇÃO DO ART. 49, § 3º DA LEI 11.101/2005. ART. 66-B, § 3º DA LEI 4.728/1965.

1. EM FACE DA REGRA DO ART. 49, § 3º DA LEI Nº 11.101/2005, NÃO SE SUBMETEM AOS EFEITOS DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL OS CRÉDITOS GARANTIDOS POR CESSÃO FIDUCIÁRIA.

2. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (RESP 1263500/ES, REL. MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, JULGADO EM 05/02/2013, DJE 12/04/2013)

Do voto condutor, pela relevância de seus fundamentos, e, em atenção ao pedido subsidiário efetuado pelas ora insurgentes, quanto à utilização dos valores dos recebíveis dados em garantia ao Banco recorrido apenas e tão somente por 180 dias, extrai-se o seguinte excerto:

[...] O “credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis” não se submete, pois, aos efeitos da recuperação judicial. Trata-se de expressa disposição legal.

Segundo o art. 83 do Código Civil de 2002, consideram-se móveis para os efeitos legais “os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações”.

Não se pretende e nem seria razoável sustentar que títulos

de crédito não configurem “direitos pessoais de caráter patrimonial”, bens móveis, portanto.

Mencionando o § 3º do art. 49 da LFR o gênero - bens móveis - não haveria, data venia, porque especificar suas categorias arroladas nos arts. 82 e 83 do Código Civil, assim como não se fez necessário discriminar o sentido legal de “bens imóveis” CC, art.s 79 a 81).

A circunstância de o § 3º do art. 49 da LFR, em seguida à regra de que o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis “não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial”, estabelecer que “prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial”, não permite inferir que, não sendo o título de crédito “coisa corpórea”, à respectiva cessão fiduciária não se aplicaria a regra da exclusão do titular de direito fiduciário do regime de recuperação.

Com efeito, a explicitação contida na oração “prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa” tem como escopo deixar claro que, no caso de bens corpóreos, estes poderão

ser retomados pelo credor para a execução da garantia, salvo em se tratando de bens de capital essenciais à atividade empresarial, hipótese em que a lei concede o prazo de cento e oitenta dias durante o qual é vedada a sua retirada do estabelecimento do devedor.

Em se tratando de cessão fiduciária de crédito, bem móvel incorpóreo, não seria necessária a explicitação e nem a consequente ressalva, pois o art. 18 da Lei 9.514/97, aplicável à cessão fiduciária de títulos de crédito (66-B, § 4º, da Lei 4.728/65, com a redação dada pela Lei 10.931/2004, acima transcrito), dispõe que “o contrato de cessão fiduciária em garantia opera a transferência ao credor da titularidade dos créditos cedidos, até a liquidação da dívida garantida (...)”, seguindo-se o art. 19, o qual defere ao credor o direito de posse do título, a qual pode ser conservada e recuperada “inclusive contra o próprio cedente” (inciso I), bem como o direito de “receber diretamente dos devedores os créditos cedidos fiduciariamente” (inciso IV), outorgando-lhe ainda o uso de todas as ações e instrumentos, judiciais e extrajudiciais, para receber os créditos cedidos (inciso III).

Conclui-se, portanto, que a explicitação legal das garantias dos titulares de propriedade fiduciária de bens corpóreos (coisas) em nada diminui a garantia outorgada por lei aos titulares de cessão fiduciária de bens incorpóreos.

[...]

Ressalto, por fim, que, certamente, a disciplina legal do instituto da alienação fiduciária em garantia foi considerada pelo credor quando da contratação do financiamento. As bases econômicas do negócio jurídico teriam sido outras se diversa fosse a garantia, o que não pode ser desconsiderado sob pena de ofensa ao princípio da boa-fé objetiva, basilar do Código Civil.

Se, por um lado, a disciplina legal da cessão fiduciária de título de crédito coloca os bancos em situação extremamente privilegiada em relação aos demais credores, até mesmo aos titulares de garantia real (cujo bem pode ser considerado indispensável à atividade empresarial), e dificulta a recuperação da empresa, por outro, não se pode desconsiderar que a forte expectativa de retorno do capital decorrente deste tipo de garantia permite a concessão de financiamentos com menor taxa de risco e, portanto, induz à diminuição do *spread* bancário, o que beneficia a atividade empresarial e o sistema financeiro nacional como um todo.

Portanto, na extensão da jurisprudência perfilhada pelo Superior Tribunal de Justiça, a qual se adere integralmente, os créditos de titularidade do recorrido, garantidos por cessão fiduciária, devem ser excluídos dos efeitos da recuperação judicial, em observância ao art. 49, § 3º, da Lei n. 11.101/2005.

Conforme esclarecido no início do presente voto, o motivo

pelo qual se reputou relevante submeter a presente controvérsia à deliberação deste Colegiado está na tese remanescente, expendida no apelo nobre.

Segundo as insurgentes, considerando que a constituição da propriedade fiduciária dá-se mediante o registro do contrato no Cartório de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, **conforme preceitua o § 1º do art. 1.361 do Código Civil**, os ajustes existentes à época do pedido de recuperação, que eventualmente não tenham sido registrados, devem, necessariamente, se sujeitar à recuperação judicial, na condição de créditos quirografários.

O argumento, todavia, não procede.

Para o desate da questão, afigura-se de suma relevância bem delimitar o tratamento legislativo conferido aos negócios fiduciários em geral, do que ressaí evidenciado, conforme se demonstrará, que o Código Civil **limitou-se a tratar da propriedade fiduciária de bens móveis infungíveis, não se aplicando, pois, às demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária, como é o caso da cessão fiduciária de títulos de crédito** (bem móvel incorporável fungível, por natureza), notadamente quanto à constituição e seus efeitos.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que, por meio do negócio fiduciário, o devedor fiduciante transfere, sob condição resolutiva, a propriedade ou a titularidade

sobre um bem ao credor fiduciário, que, por sua vez, o recebe em garantia ou para fim de administração, remancipando-o, ao final, caso implementada a condição (o adimplemento da obrigação). Na alienação fiduciária em garantia, em se tratando de bem corpóreo, atribuí-se ao credor fiduciário, sob condição resolutiva, a propriedade daquele. Na cessão fiduciária, por sua vez, cuidando-se de bem incorpóreo (como é o caso do direito sobre coisas móveis ou do crédito representado pelo título), imputa-se ao credor fiduciário, sob condição resolutiva, a titularidade deste.

Esses dois modos de constituição de propriedade fiduciária (alienação e cessão fiduciária), a depender do bem sobre o qual recaia, e – na abordagem doutrinária de Francisco Eduardo Loureiro –, em alguns casos, também do agente participante da relação jurídica, têm tratamento legal específico.

De modo a sistematizar o tratamento legal ofertado à propriedade fiduciária, o mencionado autor, em obra coordenada pelo Ministro Cezar Peluzo, assinala:

[...] há profusa legislação especial tratando da mesma matéria. Pode-se afirmar a atual coexistência de múltiplos regimes de jurídicos da propriedade fiduciária: **o CC disciplina a propriedade fiduciária sobre coisas móveis infungíveis, quando o credor fiduciário não for instituição financeira; o art. 66-B da Lei n. 4.728/65, acrescen-**

tado pela Lei n. 10.931/2004, e o DL n. 911/69 disciplinam a propriedade fiduciária sobre coisas móveis fungíveis e infungíveis quando o credor fiduciário for instituição financeira; a Lei n. 9.514/97, também modificada pela Lei n. 10.931/2004, disciplina a propriedade fiduciária sobre bens imóveis, quando os proponentes forem ou não instituições financeiras, além da titularidade fiduciária dos créditos como lastro de operação de securitização de dívidas do Sistema Financeiro Imobiliário; a Lei n. 6.404/76 disciplina a propriedade fiduciária de ações.

O atual CC, pode-se assim dizer, popularizou a utilização da propriedade fiduciária, franqueando-a a pessoas físicas e jurídicas. Qualquer pessoa pode ser credora fiduciária e utilizar essa forte garantia real nas obrigações em geral. **Limitou o objeto, porém, às coisas móveis infungíveis.**

A lei n. 10.931/2004 fixou regime jurídico próprio, com regras específicas de direito material e processual, para os casos de propriedade fiduciária em garantia de obrigação na qual o credor fiduciário seja instituição financeira, tendo por objeto bens móveis, tanto infungíveis como fungíveis, inclusive bens incorpóreos como créditos.

A lei n. 9.514/97, por seu turno, criou regime jurídico especial tendo em conta não os sujeitos da obrigação, mas o objeto da garantia, que recai so-

bre coisa imóvel. Aplica-se a lei especial, desde que a garantia fiduciária recaia sobre coisa imóvel, a todos os credores fiduciários, instituições financeiras ou não.

Em relação às propriedades fiduciárias previstas em leis especiais, criou o CC regra clara para evitar o conflito de normas: aplicam-se de modo primário as leis especiais e, em suas lacunas e no que não as contrariar, as normas gerais do CC. O inverso, porém, não é verdadeiro. (Loureiro, Francisco Eduardo. Código Civil Comentado. Coordenador Ministro Cezar Peluso. Editora Manole. 7ª Edição. 2013. p. 1.423)

Efetivamente, o Código Civil, nos arts. 1.361 a 1.368-A, limitou-se a disciplinar a propriedade fiduciária sobre bens móveis infungíveis. Em relação às demais espécies de bem, a propriedade fiduciária sobre eles constituída é disciplinada, cada qual, por lei especial própria para tal propósito.

Essa circunscrição normativa, ressalta-se, restou devidamente explicitada pelo próprio Código Civil, em seu art. 1.368-A (introduzido pela Lei n. 10.931/2004), ao dispor textualmente que **“as demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial”**.

Vê-se, portanto, que a incidência subsidiária da lei adjetiva civil, em relação à propriedade/titularidade fiduciária sobre bens que não sejam móveis infungíveis, regulada por leis especiais, é excepcional, somente se afigurando possível no caso em que o regramento específico apresentar lacunas e a solução ofertada pela “lei geral” não se contrapuser às especificidades do instituto regulado pela mencionada lei.

Com esse norte, é de se reconhecer a absoluta inaplicabilidade da disposição contida no § 1º do art. 1.361 do Código Civil (que exige, para a constituição da propriedade fiduciária, a consecução do registro do contrato no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do Devedor) à cessão fiduciária de títulos de crédito (bem móvel incorpóreo e fungível, por natureza), aventada pelas ora insurgentes a pretexto de submeter os respectivos créditos aos efeitos da recuperação judicial.

O retrocitado dispositivo legal preceitua, *in verbis*:

Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel **de coisa móvel infungível** que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.

§ 1º Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o

licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro.

§ 2º Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o devedor possuidor direto da coisa.

§ 3º A propriedade superveniente, adquirida pelo devedor, torna eficaz, desde o arquivamento, a transferência da propriedade fiduciária.

De se ressaltar, por oportuno, que, em meio à presente deliberação, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 611.639, sob o rito da repercussão geral, bem como das Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 4227 e 4333, reconheceu, à unanimidade de votos, não ser obrigatória a realização de registro público dos contratos de alienação fiduciária em garantia de veículos automotores pelas serventias extrajudiciais de registro de títulos e documentos, sendo certo, por conseguinte, que o simples pacto entre as partes “é perfeitamente existente, válido e eficaz”, independente do registro, “o qual constitui mera exigência de eficácia do título contra terceiros”.

De igual modo, a exigência de registro, para efeito de constituição da propriedade fiduciária, não se faz presente no tratamento legal ofertado pela Lei n. 4.728/95, em seu art. 66-B (introduzido pela Lei n. 10.931/2004) à cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títu-

los de crédito, tampouco com ela se coaduna.

Efetivamente, a constituição da propriedade fiduciária, oriunda de cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis e de títulos de crédito, dá-se a partir da própria contratação, afigurando-se, desde então, plenamente válida e eficaz entre as partes. A consecução do registro do contrato, no tocante à garantia ali inserta, afigura-se relevante, quando muito, para produzir efeitos em relação a terceiros, dando-lhes a correlata publicidade.

Veja-se, pois, que, por meio da cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou de títulos de crédito (em que se transfere a propriedade resolúvel do direito creditício, representado, no último caso, pelo título – bem móvel incorpóreo e fungível, por natureza), o devedor fiduciante, **a partir da contratação**, cede “seus recebíveis” à instituição financeira (credor fiduciário), como garantia ao mútuo bancário, que, inclusive, poderá apoderar-se diretamente do crédito constante em conta vinculada (“trava bancária”) ou receber o correlato pagamento diretamente do terceiro (devedor do devedor fiduciante).

Aliás, em se considerando a própria natureza do direito creditício sobre o qual recai a garantia fiduciária – bem incorpóreo e infungível, por excelência –, sua identificação no respectivo contrato, naturalmente, referir-se-á à mensuração do valor constante da conta vinculada ou dos “recebíveis”, represen-

tados nos títulos de crédito, cedidos em garantia ao débito proveniente do mútuo bancário. Inconcebível, pois, supor que o registro – e não a contratação dessa garantia que recai sobre direitos creditícios (objeto do contrato de cessão fiduciária) – teria o condão de constituir a propriedade fiduciária.

Releva, no ponto, destacar o tratamento legal específico conferido à cessão fiduciária de direitos sobre coisa móvel ou de títulos de crédito pelo art. 66-B da Lei n. 4.728/1965, introduzido pela Lei n. 10.931/2004, nos seguintes termos:

Art. 55. A Seção XIV da Lei no 4.728, de 14 de julho de 1965, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Seção XIV Alienação Fiduciária em Garantia no Âmbito do Mercado Financeiro e de Capitais

Art. 66-B. O contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, deverá conter, além dos requisitos definidos na Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos. § 1º Se a coisa objeto de propriedade fiduciária não se identifica por números, marcas e sinais no contrato de alienação fiduciária, cabe ao proprietário fiduciário o ônus da

prova, contra terceiros, da identificação dos bens do seu domínio que se encontram em poder do devedor.

§ 2º O devedor que alienar, ou der em garantia a terceiros, coisa que já alienara fiduciariamente em garantia, ficará sujeito à pena prevista no art. 171, § 2o, I, do Código Penal.

§ 3º É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada.

§ 4º No tocante à cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou sobre títulos de crédito aplica-se, também, o disposto nos arts. 18 a 20 da Lei no 9.514, de 20 de novembro de 1997.

Ante a referência expressa aos arts. 18 a 20 da Lei n. 9.514/97, aplicáveis à cessão fiduciária de

direitos sobre coisa móvel, bem como de títulos de crédito, oportunidade, igualmente, sua transcrição:

Art. 18. O contrato de cessão fiduciária em garantia opera a transferência ao credor da titularidade dos créditos cedidos, até a liquidação da dívida garantida, e conterà, além de outros elementos, os seguintes:

I - o total da dívida ou sua estimativa;

II - o local, a data e a forma de pagamento;

III - a taxa de juros;

IV - a identificação dos direitos creditórios objeto da cessão fiduciária.

Art. 19. Ao credor fiduciário compete o direito de:

I - conservar e recuperar a posse dos títulos representativos dos créditos cedidos, contra qualquer detentor, inclusive o próprio cedente;

II - promover a intimação dos devedores que não paguem ao cedente, enquanto durar a cessão fiduciária;

III - usar das ações, recursos e execuções, judiciais e extrajudiciais, para receber os créditos cedidos e exercer os demais direitos conferidos ao cedente no contrato de alienação do imóvel;

IV - receber diretamente dos devedores os créditos cedidos fiduciariamente.

§ 1º As importâncias recebidas na forma do inciso IV deste artigo, depois de deduzidas as despesas de cobrança e de administração, serão creditadas ao devedor cedente, na operação objeto da cessão

fiduciária, até final liquidação da dívida e encargos, responsabilizando-se o credor fiduciário perante o cedente, como depositário, pelo que receber além do que este lhe devia.

§ 2º Se as importâncias recebidas, a que se refere o parágrafo anterior, não bastarem para o pagamento integral da dívida e seus encargos, bem como das despesas de cobrança e de administração daqueles créditos, o devedor continuará obrigado a resgatar o saldo remanescente nas condições convencionadas no contrato.

Art. 20. Na hipótese de falência do devedor cedente e se não tiver havido a tradição dos títulos representativos dos créditos cedidos fiduciariamente, ficará assegurada ao cessionário fiduciário a restituição na forma da legislação pertinente.

Parágrafo único. Efetivada a restituição, prosseguirá o cessionário fiduciário no exercício de seus direitos na forma do disposto nesta seção.

Constata-se, pois, a partir da própria dicção da lei de regência, que o contrato de cessão fiduciária em garantia, em si, opera a transferência ao credor da titularidade dos créditos cedidos, até a liquidação da dívida garantida.

Efetivamente, todos os direitos e prerrogativas conferidas ao credor fiduciário, decorrentes da cessão fiduciária, devidamente explicitados na lei (tais como, o direito de posse do título, que pode ser conservada e recupera-

da 'inclusive contra o próprio cedente'; o direito de 'receber diretamente dos devedores os créditos cedidos fiduciariamente', a outorga do uso de todas as ações e instrumentos, judiciais e extrajudiciais, para receber os créditos cedidos, entre outros) são exercitáveis imediatamente à contratação da garantia, independente de seu registro.

Tudo a corroborar a conclusão de que o contrato de cessão fiduciária sobre direitos creditícios ou títulos de crédito, por si, tem o condão de constituir a propriedade fiduciária entre as partes contratantes, sendo certo que o posterior registro desse ajuste acessório (garantia ao mútuo bancário) destina-se a conferir publicidade a esse ajuste acessório, a radiar seus efeitos perante terceiros.

Não é demasiado ressaltar, aliás, que a função publicista do registro acima apontada é expressamente mencionada pela Lei n. 10.931/2004, ao dispor sobre cédula de crédito bancário, em expressa referência à constituição da garantia, seja ela fidejussória, seja ela real, como no caso dos autos.

Por oportuno, transcreve-se a disposição normativa acima referida:

Art. 30. A constituição de garantia da obrigação representada pela Cédula de Crédito Bancário é disciplinada por esta Lei, sendo aplicáveis as disposições da legislação comum ou especial que não forem com ela conflitantes.

Art. 31. A garantia da Cédula de Crédito Bancário poderá ser fidejussória ou real, neste último caso constituída por bem patrimonial de qualquer espécie, disponível e alienável, móvel ou imóvel, material ou imaterial, presente ou futuro, fungível ou infungível, consumível ou não, cuja titularidade pertença ao próprio emitente ou a terceiro garantidor da obrigação principal.

Art. 32. A constituição da garantia poderá ser feita na própria Cédula de Crédito Bancário ou em documento separado, neste caso fazendo-se, na Cédula, menção a tal circunstância.

Art. 33. O bem constitutivo da garantia deverá ser descrito e individualizado de modo que permita sua fácil identificação. Parágrafo único. A descrição e individualização do bem constitutivo da garantia poderá ser substituída pela remissão a documento ou certidão expedida por entidade competente, que integrará a Cédula de Crédito Bancário para todos os fins.

[...]

Art. 42. A validade e eficácia da Cédula de Crédito Bancário não dependem de registro, mas as garantias reais, por ela constituídas, ficam sujeitas, para valer contra terceiros, aos registros ou averbações previstos na legislação aplicável, com as alterações introduzidas por esta Lei.

No ponto, um esclarecimento revela-se oportuno e necessário.

Como assinalado, **a propriedade fiduciária encontra-se devidamente constituída a partir de sua contratação**, afigurando-se absolutamente válida e eficaz entre as partes. Essa garantia, **“para valer contra terceiros”**, ou seja, **para ser oponível contra terceiros**, deve ser registrada. De se notar que o credor titular da posição de proprietário fiduciário sobre direitos creditícios (excluído dos efeitos da recuperação judicial, segundo o § 3º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005) não opõe essa garantia real aos credores da recuperanda, tal como imprpropriamente assentou o magistrado de piso, mas sim aos devedores da recuperanda (contra quem, efetivamente, se farão valer o direito ao crédito, objeto da garantia), o que robustece a compreensão de que a garantia sob comento não diz respeito à recuperação judicial.

Assentado que está que o direito creditício sobre o qual recai a propriedade fiduciária é de titularidade (resolúvel) do banco fiduciário, este bem, a partir da cessão, não compõe o patrimônio da devedora fiduciante (que sequer detém sobre ele qualquer ingerência) –, sendo, pois, inacessível aos seus demais credores e, por conseguinte, sem qualquer repercussão na esfera jurídica destes. Não se antevê, por conseguinte, qualquer frustração dos demais credores da recuperanda que, sobre o bem dado em garantia (fora dos efeitos da recuperação judicial), não guardam legítima expectativa.

Aliás, justamente sob o aspecto da boa-fé objetiva que deve permear as relações negociais, tem-se que, compreensão diversa, permitiria que a empresa devedora, naturalmente ciente da sua situação de dificuldade financeira, ao eleger o momento de requerer sua recuperação judicial, escolha, também, **ao seu alvedrio**, quais dívidas contraídas seriam ou não submetidas à recuperação judicial.

Nessa perspectiva, em manifesta contrariedade aos ditames da lei de regência, vislumbra-se a hipótese em que a empresa em dificuldades financeiras, com o deliberado propósito de obter crédito, a despeito de não possuir lastro para tanto, contrate empréstimo bancário, garantido por cessão fiduciária de direitos creditícios, e, no mesmo dia ou logo em seguida à mencionada contratação, ingresse com seu pedido de recuperação judicial.

Nessa hipotética situação, o referido credor, embora fiduciário e, por lei, não sujeito aos efeitos da recuperação judicial, teria que submeter seu crédito ao concurso de credores por uma manobra da empresa em crise, que, ao seu talante, procedeu ao pedido de recuperação judicial imediatamente à contratação, sem que a instituição financeira pudesse providenciar o registro, que, como evidenciado, tem finalidade exclusivamente publicista.

De todo modo, uma vez constituída a cessão fiduciária, o que se dá a partir da contratação - e não do registro -, o correlato cre-

dor não se submete aos efeitos da recuperação judicial, e, por conseguinte, sobre o bem dado em garantia (direitos creditícios), os demais credores da recuperanda não possuem legítima expectativa de direitos.

Na espécie, em 27/2/2013, Dibox Distribuição de Produtos Alimentícios Broker Ltda. emitiu a Cédula de Crédito Bancário n. 10153765 em favor do Banco Votorantim S.A., no valor de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais), em que se estipulou, entre outras garantias ao mútuo bancário concedido, a contratação de Cessão Fiduciária de Direitos e Títulos de Crédito n. 165858 e Cessão Fiduciária de Direitos Creditórios n. 165857, ajustadas na mesma data (e-STJ, fls. 182-200).

Contextualizada, assim, a contratação pactuada entre as partes, absolutamente descabida reputar constituída a obrigação principal (mútuo bancário, representado pela Cédula de Crédito Bancário emitida em favor da instituição financeira) e, ao mesmo tempo, considerar pendente de formalização a indissociável garantia àquela, condicionando a existência desta última ao posterior registro. Como assinalado, todos os direitos e prerrogativas conferidos ao credor fiduciário, decorrentes do contrato de cessão fiduciária (suficiente, em si, a perfectibilizar a propriedade fiduciária, concebida como direito real em garantia) são exercitáveis imediatamente a sua contratação, ostentando, desde

então, a condição de titular resolúvel do crédito dado em garantia.

Se a partir da contratação – independente do registro –, o credor fiduciário já faz jus ao direito de posse do título; de ‘receber diretamente dos devedores os créditos cedidos fiduciariamente’; de utilizar de todas as ações e instrumentos, judiciais e extrajudiciais, para receber os créditos cedidos, entre outros; e, sobrevindo o inadimplemento, de tornar-se, em definitivo, titular do bem dado em garantia, ressaí clarividente que a propriedade fiduciária encontra-se, desde então, devidamente constituída, válida e eficaz entre as partes.

E, caracterizada que está a condição de credor titular da posição de proprietário fiduciário do bem dado em garantia, o correlato crédito, nos termos do § 3º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005, não se sujeita aos efeitos da recuperação judicial, remanescendo incólumes os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, conforme dispõe a lei especial regente.

Por fim, de modo a exaurir a controvérsia posta, e, a evidenciar a insubsistência da pretensão das recorrentes, em se reconhecendo, *ad argumentandum*, que a constituição da propriedade fiduciária dar-se-ia somente com o registro do contrato de cessão fiduciária (em manifesta contrariedade à lei especial regente e às especificidades do instituto) e, tendo este sido feito posteriormente ao pedido de recuperação judici-

al, a conclusão a que se chegaria é justamente a de que o referido crédito (pertencente a titular de posição de proprietário fiduciário do bem dado em garantia), de igual modo, não se sujeitaria aos efeitos da recuperação judicial, pois, segundo o enfoque dado pelas recorrentes, somente teria sido perfectibilizado após o pedido recuperacional, afastando-se, também desse modo, da hipótese de incidência prevista no *caput* do art. 49 da Lei n. 11.101/2005, *in verbis*: “*Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.*”

Por conseguinte, por qualquer ângulo que se analise a questão, afigura-se sem respaldo legal a pretensão das insurgentes de sujeitar o referido crédito aos efeitos da recuperação judicial, na condição de créditos quirografários.

Em arremate, na esteira dos fundamentos ora expendidos, NEGOU PROVIMENTO ao presente recurso especial.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze, negando provimento ao recurso especial, pediu vista o Sr. Ministro Moura Ribeiro. Aguardam os Srs. Ministros João Otávio de Noronha (Pre-

sidente) e Paulo de Tarso Sanseverino. Impedido o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

VOTO-VISTA

O EXMO SR. MINISTRO MOURA RIBEIRO:

Senhor Presidente.

Ressalvo o meu posicionamento indicado quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.412.529/SP, da relatoria do Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, no qual esclareci que se o art. 1.368-A do CC/02 diz que todas as propriedades fiduciárias (salvo a de bens infungíveis - art. 1.361 do CC/02), se submetem às leis especiais e se o art. 66-B da Lei de Mercado de Capitais é omissivo sobre a necessidade do registro da sua cessão, o caso deve ser solvido à luz do art. 221 do CC/02, que o exige para valer contra terceiros.

Entretanto, em razão de hoje, nesse julgamento, o *quorum* ser de apenas 4 ministros, face ao impedimento do Sr. Ministro Villas Bôas Cuevas, e por já ter a Terceira Turma desta Casa se manifestado acerca do tema, quando do julgamento do Resp nº 1.412.529/SP, no qual a tese esposada pelo Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze, contrária ao meu posicionamento, foi vencedora, acompanho a maioria para negar provimento recurso especial.

É como voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO (Relator):

Senhor Presidente, ressalvo o meu posicionamento expresso no Recurso Especial n. 1.412.529/SP. Entretanto, tendo ficado vencido, acompanho a douta maioria. É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia TERCEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Moura Ribeiro, a Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Ressalvados os entendimentos dos Ministros Moura Ribeiro e Paulo de Tarso Sanseverino. Os Srs. Ministros Moura Ribeiro (voto-vista), João Otávio de Noronha (Presidente) e Paulo de Tarso Sanseverino votaram com o Sr. Ministro Relator. Impedido o Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

Superior Tribunal de Justiça

Recurso especial. Responsabilidade civil. Cartão de crédito. Cobrança indevida. Pagamento não efetuado. Dano moral. Inocorrência. Mero transtorno.¹

EMENTA OFICIAL

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CARTÃO DE CRÉDITO. COBRANÇA INDEVIDA. PAGAMENTO NÃO EFETUADO. DANO MORAL. NÃO OCORRÊNCIA. MERO TRANSTORNO.

1. Não configura dano moral *in re ipsa* a simples remessa de fatura de cartão de crédito para a residência do consumidor com cobrança indevida. Para configurar a existência do dano extrapatrimonial, há de se demonstrar fatos que o caracterizem, como a reiteração da cobrança indevida, a despeito da reclamação do consumidor, inscrição em cadastro de inadimplentes, protesto, publicidade negativa do nome do suposto devedor ou cobrança que o exponha a ameaça, coação, constrangimento.

2. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Ministro Raul Araújo conhecendo e dando provimento ao recurso espe-

cial, acompanhando a relatora, e os votos dos Ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Luis Felipe Salomão no mesmo sentido, a Quarta Turma, por unanimidade, conheceu e deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto da relatora. Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão e Raul Araújo (voto-vista) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 03 de março de 2016(Data do Julgamento).

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI, Relatora.

REsp nº 1.550.509 - RJ (2012/0033980-4) - DJe: 14/03/2016.

RELATÓRIO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: Trata-se de recurso especial interposto por FOREVER LIVING PRODUCTS BRASIL LTDA, fundamentado nas alíneas “a” e “c” do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, nos autos de ação condenatória ajuizada por VALDIR SALES.

O acórdão recorrido, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio

¹ Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1473098&num_registro=201200339804&data=20160314&formato=PDF>

de Janeiro, ficou assim ementado (fls. 124/125 e-STJ):

APELAÇÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO. VÍCIO DO SERVIÇO. FRAUDE EM OPERAÇÃO REALIZADA POR CARTÃO DE CRÉDITO. RESPONSABILIDADE DE TODOS OS FORNECEDORES INSERIDOS NA CADEIA DE CONSUMO. COBRANÇA DE VALORES INDEVIDOS NA FATURA DO CARTÃO. CONDUTA IMPRÓPRIA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PAGAMENTO DO VALOR INDEVIDO.

Afigura-se na hipótese relação de consumo, impondo-se, portanto, ao fornecedor de serviços a responsabilidade civil objetiva, estando o consumidor desonerado do ônus de provar a culpa do réu, apelante, no evento danoso.

Tratando-se de fato do serviço, aplicável o art.14, *caput*, do CDC, que imputa responsabilidade a todos os fornecedores inseridos na cadeia de consumo, a qual se inclui o comerciante e o distribuidor do produto. Ademais, certo é que a apelante descumpriu com suas (sic) obrigações contratuais, referentes aos procedimentos de segurança a serem adotados na realização de operação com cartões de crédito. Alegação de culpa exclusiva de terceiro, o fraudador, que não merece prosperar, porquanto se trata de mero fortuito interno da atividade realizada pelo fornecedor de serviço. Inteligência da súmula n. 95 deste E.TJERJ. Nesse sentido, cabia à parte ré compro-

var a existência da relação jurídica e do débito, o que não o fez, razão pela qual se reputa indevida a cobrança realizada. Dano moral *in re ipsa*. *Quantum* reparatório adequadamente fixado em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), em obediência aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Entretanto, não há que se falar em devolução em dobro dos valores cobrados. A repetição de indébito não se mostra cabível na hipótese de simples cobrança indevida.

Provimento parcial do recurso.

Os embargos de declaração opostos pela ré foram rejeitados (fls.160/169 e-STJ).

No especial, a empresa recorrente sustenta violação ao art. 333, I, do Código de Processo Civil, sob a alegação de ausência de dever de indenizar, uma vez que o autor não comprovou a existência de dano moral, não havendo de presumi-lo apenas pelo fato de ter recebido fatura de cartão de crédito com cobrança equivocada. Defende que o fato em si não é suficiente para promover abalo psicológico ou angústia de vulto passível de indenização. Argui, igualmente, conflito jurisprudencial entre o acórdão recorrido e paradigma do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação n. 9144048-60.2004.8.26.0000. Assevera que no paradigma, contrariamente ao entendimento do TJRJ, considerou-se que a simples cobrança indevida de fatura de cartão de crédito, sem publicidade perante terceiros ou desmerecimento da imagem e da

honra da parte contrária, configura mero aborrecimento não indenizável. Por fim, pleiteia a reforma do julgado para afastar a condenação no ressarcimento por danos morais.

Sem contrarrazões (cf. certidão de fl. 191 e-STJ).

Juízo negativo de admissibilidade proferido pelo Tribunal de origem às fls. 192/196 e-STJ.

Interposto agravo nos próprios autos, esse provido e convertido em recurso especial por meio da decisão de fl. 228 e-STJ.

É o relatório.

VOTO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI (Relatora): Trata-se de recurso especial interposto por FOREVER LIVING PRODUCTS BRASIL LTDA, fundamentado nas alíneas “a” e “c” do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, nos autos de ação condenatória ajuizada por VALDIR SALES.

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, passo à análise do recurso especial.

O fato jurídico que deu origem à controvérsia entre as partes originou-se de cobrança pela ora recorrente, por meio de fatura de cartão de crédito do recorrido, do valor de R\$ 835,99 por serviço ou produto por ele não contratado. O cartão de crédito foi fornecido pelo Banco BMG (fl. 15 e-STJ), e o valor da fatura, no vencimento, era descontado automaticamente do réu.

O autor alega que recebeu a fatura de cartão de crédito com a

cobrança indevida e, procurando o banco, foi informado de que a responsável seria a empresa ré. Não sabendo a quem recorrer, deixou o tempo passar. Meses após, obteve o telefone da empresa ré, a qual se negou a devolver o dinheiro, o que lhe causou transtornos enormes, por ser aposentado e idoso.

Pediu a devolução em dobro do valor cobrado indevidamente e indenização por danos morais.

A ré sustentou sua ilegitimidade passiva, uma vez que a concessão, emissão e autorização do uso do cartão, o fornecimento dos equipamentos para o emprego do cartão, a aprovação da compra e respectivo valor, e a cobrança foram feitos pelo banco emissor do cartão.

Afirma que vendeu mercadorias a quem se apresentou com o cartão do autor; que realiza milhares de transações diárias e, portanto, não realizou cobrança indevida, limitando-se a aceitar o pagamento por meio de cartão de crédito, emitido pelo banco BMG.

Afirmou não comprovado dano moral, pois não houve inscrição do nome do autor em cadastro de inadimplente, protesto ou qualquer forma de publicidade ou divulgação a terceiros da cobrança impugnada.

O juízo de primeiro grau considerou que a empresa ré não se desincumbiu de apresentar provas que infirmassem o fato da cobrança indevida incluída na fatura do cartão de crédito do autor. Em razão da falha no serviço de cobrança da dívida e do risco à

dignidade do autor, deferiu indenização por dano material (devolução em dobro do valor cobrado) e dano moral arbitrado em R\$ 5.000,00.

A Terceira Câmara Cível do TJRJ, por unanimidade, conheceu e deu parcial provimento à apelação da ora recorrente. Considerou que a cobrança indevida por meio da fatura de cartão de crédito constituiu-se em acidente de consumo, a caracterizar a responsabilidade solidária e objetiva de todos os integrantes da cadeia de eventos. Identificou a falha no serviço prestado pela empresa apelante na geração do débito vinculado à fatura de cartão de crédito do autor por produtos por ele não adquiridos, sem que a ré tenha trazido elementos para identificar a culpa exclusiva de terceiros. Entendeu configurado o dano moral *in re ipsa* pelo fato ofensivo da cobrança de dívida inexistente na fatura de cartão de crédito. Rechaçou, contudo, a condenação da ré na indenização do dano material em razão da falta de prova do pagamento da fatura com o valor tido como indevido, por reconhecer que o desconto em folha programado seria somente da quantia mínima prevista na fatura, ou seja R\$ 107,51, e que o autor possuía, além do montante indevidamente cobrado, o saldo devedor de aproximadamente R\$ 1.300,00. Assim, entendeu que não havia prova nos autos de que o autor tenha quitado o montante controverso, não fazendo jus à restituição.

No especial, como visto, a empresa recorrente sustenta violação ao art. 333, I, do Código de Processo Civil, sob a alegação de ausência de dever de indenizar, uma vez que o autor não comprovou a existência de fatos ensejadores de dano moral. O recurso também se fundamenta em conflito jurisprudencial, invocando como paradigma acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que, diante de cobrança indevida inserida em fatura de cartão de crédito, entendeu, ao contrário do acórdão recorrido, que tal fato por si só não constitui dano moral *in re ipsa*, sendo necessária prova de que o evento causou constrangimento perante a comunidade.

A questão posta em apreciação no presente recurso especial reside, portanto, em definir se a cobrança indevida inserida em cartão de crédito, por si só, configura dano moral *in re ipsa*, como decidido pelo acórdão recorrido, ou, ao contrário, se há necessidade de comprovação de que tal cobrança ensejou danos imateriais - como a inscrição em cadastro de inadimplente, protesto, ou publicidade negativa perante a comunidade - a fim de ensejar a responsabilização por danos morais.

Em elucidativo voto-vista, condutor do acórdão desta Turma no AREsp 395.426-DF, o Ministro Marco Buzzi, enfrentando a difícil questão da caracterização do prejuízo extrapatrimonial, diante da complexidade e diversidade das situações da

vida, estabeleceu a distinção entre dano moral objetivo e subjetivo. Transcrevo:

“Se de um lado a possibilidade de compensação dos danos morais já não suscita maiores dúvidas (sendo, aliás, material sumulada – enunciado 37/STJ), de outro, há questões decorrentes, sobretudo no que se refere à caracterização do prejuízo extrapatrimonial e aos critérios para arbitramento da indenização, que se tornaram foco de discussão, consubstanciando desafio à doutrina e à jurisprudência. Nesse contexto, situa-se a controvérsia instaurada por meio do apelo extremo, porque relacionada à configuração do dano extrapatrimonial em casos de saque indevido de numerário depositado em conta poupança.

Definições/conceitos e teorias foram desenvolvidas para solucionar ou, ao menos, contribuir para o enfrentamento de casos cuja discussão cinja-se à caracterização do prejuízo extrapatrimonial. Por todas e pela pertinência, cita-se aquela que classifica o dano moral em objetivo e subjetivo, pois, consoante a seguir exposto, tal distinção fornece ao intérprete maiores elementos para o reconhecimento da possibilidade de compensação dos aludidos danos, diante da complexidade e diversidade das situações da vida.

A partir de tal desenvolvimento doutrinário, mais do que simples efeito de lesão, o dano extrapatrimonial é aquele

que incide sobre objetos próprios, sobre bens da vida autônomos, consistindo em gênero, no qual haverá espécies.

No particular, evocando a definição formulada por Miguel Reale, LUIZ RENATO FERREIRA DA SILVA define o dano moral subjetivo como o ‘que se correlaciona com o mal sofrido pela pessoa em sua subjetividade, em sua intimidade psíquica, sujeita a dor ou sofrimento intransferíveis, porque ligados a valores de seu ser subjetivo, que o ato ilícito veio penosamente a subverter...’ (Da legitimidade para postular indenização por danos morais. Revista Ajuris, Porto Alegre, nº 7, p. 18-205, julho/1997, p. 186-188)

Acrescenta o mencionado autor, ainda, que além deste bem da vida, há outros que não são apenas subjetivos, mas que contém uma objetividade e que são comuns a todas as pessoas. [...] Trata-se dos chamados direitos da personalidade. Estes são direitos vinculados à qualidade que todos os homens e as entidades personalizadas têm de serem sujeitos de direito. Revestido da capacidade de direito, o indivíduo ou o ente personalizado adquire uma gama de direitos decorrentes da própria investidura da personalidade. ‘(idem)

Portanto, a par das lesões a direitos da personalidade (imagem, honra, privacidade, integridade física), o que podemos denominar de dano moral objetivo e, ainda, que ensejam um

dano a partir da simples violação da proteção a eles conferida, surgem situações outras, que, embora não atinjam diretamente tal complexo de direitos, também consubstanciam dano extrapatrimonial passível de compensação, por se relacionarem com um mal sofrido pela pessoa em sua subjetividade, em sua intimidade psíquica, sujeita a dor ou sofrimento intransferíveis, que o ato ilícito ou antijurídico veio a subverter.

Assim, enquanto a primeira categoria traduz um dano aferível de plano, com a mera lesão a um direito de personalidade, a segunda pressupõe uma maior investigação do caso concreto, a fim de que sejam examinadas as suas peculiaridades e, ao final, de definir se aquela determinada hipótese fática e suas repercussões e desdobramentos, embora não tenham atingido um direito de personalidade, ultrapassaram o que se entende por mero aborrecimento e incomodo, atingindo sobremodo a integridade psíquica do sujeito.

Com a devida vênia a entendimento diverso, é sob a ótica desta segunda categoria – danos morais subjetivos, os quais reclamam uma análise mais pormenorizada das circunstâncias do caso concreto –, que deve ser procedido o exame acerca do reconhecimento ou não de dano extrapatrimonial passível de compensação em hipóteses como a dos autos – saque indevido de numerário

depositado em conta poupança.”

A inscrição indevida em cadastro de inadimplentes, nos termos da pacífica jurisprudência deste Tribunal, configura dano moral *in re ipsa*. Isso porque a publicidade decorrente de tais cadastros desabonadores atinge direito da personalidade (imagem e honra), não havendo necessidade de se perquirir acerca das características subjetivas do lesado para que se imponha o dever de indenizar o dano moral objetivo.

Por outro lado, penso que, assim como o saque indevido, também o simples recebimento de fatura de cartão de crédito na qual incluída cobrança indevida não constitui ofensa a direito da personalidade (honra, imagem, privacidade, integridade física); não causa, portanto, dano moral objetivo, *in re ipsa*.

Dissertando a respeito da não configuração de dano moral presumido como decorrência necessária da cobrança indevida, preceitua Waldo Fazzio Júnior (Cartão de crédito, cheque e direito do consumidor. São Paulo: Atlas, 2011, pág. 209):

Observa Aguiar Dias (1960, v. 2, p. 772), agora com arrimo em Minozzi, “ainda, que a inestimabilidade do bem lesado, se bem que em regra, constitua a essência do dano moral, não é critério definitivo para a distinção, convindo, pois, para caracterizá-lo, compreender o dano moral em relação ao seu conteúdo, que

não é o dinheiro, nem coisa comercialmente reduzida a dinheiro, mas a dor, o espanto, a emoção, a vergonha, a injúria física ou moral, em geral, uma dolorosa sensação experimentada pela pessoa, atribuída à palavra dor o mais largo significado”.

Não é o caso do singelo aborrecimento ou mero transtorno. Como ressalta Pires (2006, p. 59) hoje, exige-se do cidadão “uma convivência em sociedade, no mínimo, tolerante a certos aborrecimentos que não podem, como pretendem alguns, tornar-se alvo de pedidos desmedidos de danos morais, e esse aspecto fica muito claro nas ações de direito do consumidor. (...), lembrando aqui que a harmonização das relações é princípio e objetivo também previsto no Código de Defesa do Consumidor. (...)”

A constituição viciada do débito atribuído ao titular de cartão que não contratou não perdura, mas a cobrança derivada nem sempre é suficiente para tipificar o dano moral,

Esta 4ª Turma, sob a relatoria do Ministro Antônio Carlos Ferreira, ao julgar o AgRg no AREsp. 316.452-RS, negou trânsito a recurso especial contra acórdão que entendera que a cobrança indevida de serviço não contratado, da qual não resultaria inscrição nos órgãos de proteção ao crédito, não havia ensejado, por si só, dano moral indenizável:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. **COBRANÇA INDEVIDA DE SERVIÇO NÃO CONTRATADO. AUSÊNCIA DE INSCRIÇÃO NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DANO MORAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. FALTA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS JULGADOS. DIVERGÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. AGRAVO DESPROVIDO.**

1. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, a teor do que dispõe a Súmula n. 7/STJ.

2. No presente caso, o Tribunal local concluiu que o descumprimento contratual, por representar mero dissabor, ensejou apenas a reparação por danos materiais à consumidora, não caracterizando dano moral indenizável. Dissentir desse entendimento demandaria o reexame das provas, inviável em recurso especial.

3. A caracterização do dissídio jurisprudencial exige a demonstração da similitude fática e da divergência na interpretação do direito entre os acórdãos paradigma e recorrido.

4. Agravo regimental desprovido (julgado em 24.9.2013).

Também a 3ª Turma, no AgRg no REsp 1346581/SP, sob a relatoria do Ministro Sidnei Beneti, assentou que o dano moral não é consequência necessária do ilícito civil consubstanciado na cobrança indevida:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. **AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DANO MORAL. INEXISTÊNCIA. DEVOLUÇÃO EM DOBRO. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. OCORRÊNCIA.**

1.- **Para se presumir o dano moral pela simples comprovação do ato ilícito, esse ato deve ser objetivamente capaz de acarretar a dor, o sofrimento, a lesão aos sentimentos íntimos juridicamente protegidos, o que não ocorreu no caso.**

2.- A devolução em dobro dos valores pagos a maior só é cabível em caso de demonstrada má-fé, o que não ficou caracterizado na hipótese dos autos.

3.- Correta a decisão que reconheceu a existência de sucumbência recíproca na hipótese em que o autor pleiteou a declaração de inexistência da obrigação entre as partes, o cancelamento do contrato, a devolução, em dobro, do valor indevidamente cobrado e a condenação do recorrido em danos morais, sendo, ao final, o pedido julgado parcialmente procedente apenas para declarar inexigível o valor da cobrança não reconhecida pelo consumidor e determinar a devolução das quantias já pagas, de forma simples.

4.- Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1346581/SP, Relator Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJe 12/11/2012)

Em outras oportunidades, entendeu este Tribunal que certas falhas na prestação de serviço bancário, como a recusa na aprovação de crédito e bloqueio de cartão, não geram dano moral *in re ipsa*:

PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - AGRAVO REGIMENTAL - **CARTÃO DE CRÉDITO** - QUESTÕES FEDERAIS NÃO DEBATIDAS NO V. ACÓRDÃO RECORRIDO - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA - SÚMULA 356/STF - **INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - NÃO CONFIGURAÇÃO** - DESPROVIMENTO.

1 - Não enseja interposição de Recurso Especial matéria que não foi ventilada no julgado atacado (arts. 47 e 54, parágrafo 4º, do Código de Defesa do Consumidor) e sobre a qual a parte não opôs os embargos declaratórios competentes. Aplicação da Súmula 356/STF. Precedentes (AGA 590521/RS e AgRg REsp 471.517/RS).

2 - O dano moral, nas lições de AGUIAR DIAS, são *“as dores físicas ou morais que o homem experimenta em face da lesão”* (*“in Da Responsabilidade Civil”*, vol. II, p. 780). Noutras palavras, podemos afirmar que o dano moral caracteriza-se pela lesão ou angústia que vulnera interesse próprio, v.g., agressões infamantes ou humilhantes, discriminações atentatórias, divulgação indevida de fato íntimo, cobrança vexatória e outras tantas manifestações inconvenientes passíveis de ocorrer no convívio social.

3 - **No caso concreto,**

depreende-se que a recusa na aprovação do crédito tratou-se, tão-somente, de uma questão operacional, porquanto a quitação do débito fora realizado pelo recorrente há apenas dois dias, sendo necessário ao banco um prazo razoável para processar e compensar o referido pagamento e, assim, liberar o crédito. Em assim sendo, é legítima a negativa da administradora de cartão de crédito, por não haver notícia do pagamento. Destarte, inexistência de violação do v. aresto recorrido ao art. 14, do Código de Defesa do Consumidor. 4 - Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no REsp 533787/RJ, Relator Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, DJ 28/2/2005)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. **FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO BANCÁRIO. RECUSA DO CARTÃO MAGNÉTICO EM ESTABELECIMENTO CREDENCIADO. MERO ABORRECIMENTO. DANO MORAL. INEXISTÊNCIA. ATO ILÍCITO.** SÚMULA N. 7/STJ.

1. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, a teor do que dispõe a Súmula n. 7/STJ.

2. No caso dos autos, o Tribunal de origem concluiu pela inexistência de dano moral decorrente da impos-

sibilidade de utilização do cartão de débito em um dia de compras, sob o fundamento de que "erros de leitura magnética do cartão e falhas momentâneas no sistema são comuns e compreensíveis" (e-STJ fl. 277).

3. Nesse contexto, concluir em sentido diverso implicaria reexame do conteúdo fático dos autos, vedado em recurso especial.

4. Ademais, a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que o mero aborrecimento advindo da recusa do cartão de crédito em estabelecimento credenciado não configura dano moral.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg nos EDcl no AREsp 43739/SP, Relator Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, DJe 4/2/2013)

RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. CARTÃO MAGNÉTICO. SENHA. DESBLOQUEIO. DEMORA. MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA. POSSIBILIDADE. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. DANO MORAL. INEXISTÊNCIA, NA HIPÓTESE. PROVIMENTO.

1. Correntista que teve o cartão magnético bloqueado por indício de fraude, recebendo outro em seguida, do qual não pode se utilizar por falta de senha por certo período, sem, contudo, ficar impossibilitado de utilizar o numerário em conta corrente.

2. Conclusão pelo Tribunal local de que não seria exigível ao autor dirigir-se à agência

bancária ou contatar a instituição financeira por meio da central de atendimento telefônico para regularizar a situação fere a boa-fé objetiva.

3. Não cabe indenização por dano moral em caso de mero aborrecimento decorrente de descumprimento contratual. Precedentes.

4. Recurso provido, nos limites do pedido.

(REsp 1365281/SP, Relatora Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, DJe 23/8/2013)

Entendo, portanto, que o envio de cobrança indevida não acarreta, por si só, dano moral objetivo, *in re ipsa*, na medida em que não ofende direito da personalidade. A configuração do dano moral dependerá da consideração de peculiaridades do caso concreto, a serem alegadas e comprovadas nos autos.

Com efeito, a jurisprudência tem entendido caracterizado dano moral quando evidenciado abuso na forma de cobrança, com publicidade negativa de dados do consumidor, reiteração da cobrança indevida, inscrição em cadastros de inadimplentes, protesto, ameaças descabidas, descrédito, por exemplo.

Confirmam-se, entre outros:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO. INEXISTÊNCIA DE CONTRATAÇÃO. REITERAÇÃO POR 47 VEZES DE COBRANÇA INDE-

VIDA. RESPONSABILIZAÇÃO DA EMPRESA COMERCIAL. POSSIBILIDADE. CONFIGURAÇÃO DO DANO MORAL É POSSÍVEL A EXCEPCIONAL REVISÃO DO VALOR DA CONDENAÇÃO POR MEIO DO ESPECIAL PARA ADEQUAÇÃO DO “QUANTUM” EXCESSIVO. REDUÇÃO DO VALOR ARBITRADO PARA OS PARÂMETROS PRÁTICOS NESTA CORTE. PRECEDENTES.

1. As instâncias ordinárias reconheceram a responsabilidade da prestadora do serviço porque ficou configurado o abuso no exercício do direito de cobrança pois emitiu cartão de crédito sem anuência da consumidora e apesar dos diversos contatos por ela feitos para resolver as cobranças indevidas (47 vezes), não sobrevieram medidas saneadoras capazes de elidir o equívoco .

2. Se distancia dos parâmetros adotados neste Sodalício Superior a fixação em R\$ 27.500,00 (vinte e sete mil e quinhentos reais) para reparação do dano moral pelo ato ilícito de emitir cartão de crédito e permanecer cobrando suas taxas de manutenção apesar dos repetidos contatos da consumidora negando a contratação.

3. Consideradas as circunstâncias do caso, a ausência de negativação e as condições econômicas das partes razoável a excepcional intervenção desta Corte Superior para reformar o acórdão estadual e adequar o parâmetro indenizatório em R\$ 8.000,00 (oito mil reais), o que está conforme os seus julgados.

4. Agravo regimental provido.

RECURSO ESPECIAL. DANO MORAL. **CARTÃO DE CRÉDITO. LANÇAMENTO INDEVIDO.** ADULTERAÇÃO. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NO PONTO, PROVIDO.

1. Reconhecido o dano moral na espécie, pois não obstante a comunicação à instituição-recorrente de que o débito lançado na fatura, mediante uso de cartão de crédito adulterado, seguiram-se novas cobranças, lançadas na conta corrente, ocasionando o resgate de poupança, para cobertura de saldo negativo de cheque especial.

2. O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que evidente exagero ou manifesta irrisão na fixação, pelas instâncias ordinárias, viola aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo possível, assim, a revisão da aludida quantificação.

3. Recurso conhecido em parte e, no ponto provido para determinar a redução da indenização para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

(REsp 326163/RJ, Relator Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, DJ 13/11/2006)

RESPONSABILIDADE CIVIL. **DANO MORAL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. COBRANÇA DE ANUIDADE E ENCARGOS DE CARTÃO DE CRÉDITO JÁ CANCELADO.** LEGITIMIDADE PASSIVA. PROVA DO

DANO. **QUANTUM INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO.**

– Pertencendo a empresa administradora do cartão de crédito ao mesmo grupo econômico do réu, este tem legitimidade passiva *ad causam* para responder por dano moral causado à contratante. Precedentes.

– O dano moral não depende de prova; acha-se *in re ipsa* (REsp n. 296.634-RN, de minha relatoria).

– O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça quando a quantia arbitrada se mostrar ínfima, de um lado, ou visivelmente exagerada, de outro. Hipótese de fixação excessiva, a gerar enriquecimento indevido do ofendido.

Recurso especial conhecido, em parte, e provido.

(REsp 775766/PR, Relator Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, DJ 20/3/2006)

RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ASSINATURAS DE REVISTAS NÃO SOLICITADAS. REITERAÇÃO. DÉBITO LANÇADO INDEVIDAMENTE NO CARTÃO DE CRÉDITO. DANO MORAL CONFIGURADO. ARTS. 3º E 267, VI, DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS STF/282 e 356. QUANTUM INDENIZATÓRIO - REVISÃO OBSTADA EM FACE DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE.

I - Para se presumir o dano moral pela simples comprovação

do ato ilícito, esse ato deve ser objetivamente capaz de acarretar a dor, o sofrimento, a lesão aos sentimentos íntimos juridicamente protegidos.

II - A reiteração de assinaturas de revistas não solicitadas é conduta considerada pelo Código de Defesa do Consumidor como prática abusiva (art. 39, III). Esse fato e os incômodos decorrentes das providências notoriamente dificultosas para o cancelamento significam sofrimento moral de monta, mormente em se tratando de pessoa de idade avançada, próxima dos 85 anos de idade à época dos fatos, circunstância que agrava o sofrimento moral.

III - O conteúdo normativo dos artigos 3º e 267, VI, do CPC, não foi objeto de debate no v. Acórdão recorrido, carecendo, portanto, do necessário questionamento viabilizador do Recurso Especial. Incidem, na espécie, as Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

IV - Só é possível a intervenção desta Corte para reduzir ou aumentar o valor indenizatório por dano moral nos casos em que o quantum arbitrado pelo Acórdão recorrido se mostrar irrisório ou exorbitante, situação que não se faz presente no caso em tela.

Recurso Especial improvido.
(REsp 1102787/PR, Relator Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJe 29/3/2010)

No caso em julgamento, da narrativa dos autos verifica-se que a causa de pedir deu-se unicamen-

te pela inclusão de valor indevido na fatura de cartão de crédito do autor, por negócio jurídico que a instância de origem entendeu não ocorrido entre as partes.

Cabia ao autor o ressarcimento pelo dano patrimonial, conforme preceitua o art. 42, parágrafo único, da Lei n. 8.078/90 (CDC). Ocorre que, no caso, não se demonstrou o pagamento, somente a cobrança indevida.

Ademais, apenas um dos vários lançamentos da fatura do cartão de crédito, em um mês determinado, foi questionado.

Não se trata de cartão expedido sem solicitação do consumidor. Igualmente não se alegou que a ré, ou o banco emissor do cartão, tenham insistido na cobrança, nos meses subsequentes, quando informados da impugnação àquele lançamento.

Não houve inscrição em cadastro de inadimplentes e não se alegou qualquer forma de divulgação a terceiros ou publicidade da cobrança.

Houve apenas a inclusão de dívida inexistente, em fatura de cartão de crédito enviada para a residência do autor, mas sem comprovação de pagamento da obrigação questionada. Do que se deduz dos fundamentos do acórdão recorrido, a cobrança se deu por fraude de terceiro capaz de ludibriar o dever de diligência da ora recorrente.

Entendo, diversamente do acórdão recorrido, e na mesma linha do paradigma, que não se configura dano *in re ipsa* pela simples remessa de fatura de car-

tão de crédito para a residência do consumidor com cobrança indevida, cujo pagamento sequer se aperfeiçoou, não passando a situação experimentada pelo ora recorrido de transtorno comum na complexa dinâmica dos meios de pagamento contemporâneos.

O dano extrapatrimonial somente se verificaria diante de cobrança indevida reiterada, a despeito da reclamação do consumidor, ou da publicidade negativa de dívida inexistente, ou se efetuada cobrança que expusesse o consumidor a ameaça, coação, constrangimento, ou interferência malsã na sua vida social.

Esse entendimento parece-me mais compatível com a dinâmica atual dos meios de pagamento, por meio de cartões e *internet*, os quais facilitam a circulação de bens, mas, por outro lado, ensejam fraudes, as quais, quando ocorrem, devem ser coibidas, propiciando-se o ressarcimento do lesado na exata medida do prejuízo.

Penso que a banalização do dano moral, em caso de mera cobrança indevida, sem repercussão em direito da personalidade, aumentaria o custo da atividade econômica, o qual oneraria, em última análise, o próprio consumidor.

Por outro lado, a indenização por dano moral, se comprovadas consequências lesivas à personalidade decorrentes da cobrança indevida, como, por exemplo, inscrição em cadastro de inadimplentes, desidia do fornecedor na solução do problema, ou

insistência em cobrança de dívida inexistente, tem a benéfica consequência de estimular boas práticas do empresário.

Anoto que na inicial o autor postula apenas indenização por dano material e moral. O dano material foi afastado pelo acórdão recorrido, ante da ausência de comprovação de pagamento, sem recurso do autor. O dano moral é julgado improcedente pelo presente voto. Não há pedido de declaração de inexistência da dívida questionada, cuidando-se de mera ação indenizatória, como destacado pelo acórdão recorrido (e-STJ fl. 143) e pode ser conferido da leitura da inicial.

Em face do exposto, conheço do recurso especial e a ele dou provimento, para julgar improcedente o pedido de indenização. Arcará o autor com as custas e verba honorária, esta fixada em R\$ 2.000,00. Ônus suspensos em virtude da gratuidade judiciária.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto da Sra. Ministra Relatora conhecendo e dando provimento ao recurso especial, PEDIU VISTA antecipada o Sr. Ministro Raul Araújo.

Aguardam os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Luis Felipe Salomão.

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO RAUL

ARAÚJO: Cuida-se de recurso especial interposto por FOREVER LIVING PRODUCTS BRASIL LTDA, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, em face de acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado:

APELAÇÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO. VÍCIO DO SERVIÇO. FRAUDE EM OPERAÇÃO REALIZADA POR CARTÃO DE CRÉDITO. RESPONSABILIDADE DE TODOS OS FORNECEDORES INSERIDOS NA CADEIA DE CONSUMO. COBRANÇA DE VALORES INDEVIDOS NA FATURA DO CARTÃO. CONDUTA IMPRÓPRIA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PAGAMENTO DO VALOR INDEVIDO.

Afigura-se na hipótese relação de consumo, impondo-se, portanto, ao fornecedor de serviços a responsabilidade civil objetiva, estando o consumidor desonerado do ônus de provar a culpa do réu, apelante, no evento danoso. Tratando-se de fato do serviço, aplicável o art. 14, caput, do CDC, que imputa responsabilidade a todos os fornecedores inseridos na cadeia de consumo, a qual se inclui o comerciante e o distribuidor do produto. Ademais, certo é que a apelante descumpriu com as suas obrigações contratuais, referentes aos procedimentos de segurança a serem adotados na realização de operação com

cartões de crédito. Alegação de culpa exclusiva de terceiro, o fraudador, que não merece prosperar, porquanto se trata de mero fortuito interno da atividade realizada pelo fornecedor de serviço. Inteligência da súmula nº 95 deste E. TJERJ. Nesse sentido, cabia à parte ré comprovar a existência da relação jurídica e do débito, o que não o fez, razão pela qual se reputa indevida a cobrança realizada. Dano moral in re ipsa. Quantum reparatório adequadamente fixado em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), em obediência aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Entretanto, não há que se falar em devolução em dobro dos valores cobrados. A repetição de indébito não se mostra cabível na hipótese de simples cobrança indevida.

Provimento parcial do recurso.” (fl. 125)

Opostos embargos de declaração, foram desprovidos nos termos do acórdão de fls. 123/143.

Aponta a recorrente, em suas razões, violação ao art. 333, I, do Código de Processo Civil e a existência de dissídio jurisprudencial em relação a acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - AC nº 9144048-60.2004.8.26.000.

Afirma não ter o recorrido comprovado o fato constitutivo de seu direito, isto é, a ocorrência de dano extrapatrimonial, pois não trouxe aos autos prova de que a cobrança indevida lhe causou alguma lesão à dignidade, ou a negatificação de seu nome nos órgãos de proteção ao crédito.

to. Ressalta que receber fatura de cartão de crédito com lançamento indevido é comum no cotidiano das pessoas, o que causa mero aborrecimento, não se podendo falar em dano *in re ipsa*. Aduz, por fim, que no acórdão paradigma foi acolhida a tese de que a cobrança indevida, por si só, não é capaz de ensejar dano moral. Requer a reforma do acórdão recorrido para que seja afastada a reparação por danos morais.

A douta Relatora, Ministra ISABEL GALLOTTI, deu provimento ao recurso especial em vista dos seguintes argumentos: (a) a indevida inscrição em cadastro de inadimplentes, conforme jurisprudência deste Tribunal, configura dano moral *in re ipsa*, pois a publicidade decorrente desse ato atinge direito da personalidade, não sendo necessário perquirir acerca das características subjetivas do lesado para que se imponha o dever de indenizar (dano moral objetivo); (b) assim como o saque indevido, o recebimento de fatura de cartão de crédito na qual incluída cobrança indevida não constitui ofensa a direito da personalidade, não causando, portanto, dano moral objetivo, *in re ipsa*; (c) nas hipóteses de envio de cobrança indevida, a configuração do dano moral dependerá da consideração das peculiaridades do caso concreto, como o abuso na forma de cobrança, a reiteração de cobrança indevida, a publicidade negativa de dados do consumidor, inscrição em cadastros de inadimplentes, protes-

to, ameaças descabidas, descrédito, por exemplo; (d) no caso em julgamento, verifica-se que a causa de pedir resume-se à inclusão de valor indevido na fatura do cartão de crédito do autor; (e) o autor faria jus ao ressarcimento pelo dano patrimonial, nos termos do art. 42, parágrafo único, do CDC, porém não demonstrou o pagamento, somente a cobrança indevida; (f) de acordo com os fundamentos do aresto recorrido, a cobrança indevida se deu por fraude de terceiro capaz de ludibriar o dever de diligência da recorrente; e (g) a banalização do dano moral, em caso de mera cobrança indevida, sem repercussão em direito da personalidade, aumentaria o custo da atividade econômica, onerando, em última análise, o próprio consumidor.

Pedi vista dos autos para uma melhor análise da controvérsia.

Conforme se colhe da petição inicial, afirma o autor ter recebido, em 10.11.2008, a fatura de seu cartão de crédito constando uma cobrança indevida no valor de R\$ 837,99 (oitocentos e trinta e sete reais e noventa e nove centavos). Assegura ter pago o valor equivocadamente cobrado, já que o pagamento da fatura se dava mediante desconto direto em conta. Requereu a devolução do indébito em dobro, bem como reparação por danos morais.

Observa-se, de início, que a ação foi promovida somente em face do lojista, e não da operadora de cartão de crédito, sendo que a falha ocorreu no fornecimento do serviço de crédito, e

não propriamente no fornecimento de produtos para distribuição, objeto da atividade empresarial explorada pela recorrente.

De todo modo, o Código de Defesa do Consumidor prevê a responsabilidade de todos os fornecedores integrantes da cadeia de consumo (art. 14), atribuindo, também à rede credenciada, o dever de verificar a regularidade das compras realizadas. Sobre a responsabilidade das administradoras de cartão de crédito:

DIREITO DO CONSUMIDOR. FURTO DE CARTÃO DE CRÉDITO. COMPRAS REALIZADAS POR TERCEIROS NO MESMO DIA DA COMUNICAÇÃO. RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRADORA DE CARTÕES. DEMORA DE MENOS DE DOIS ANOS PARA O AJUIZAMENTO DA AÇÃO. IRRELEVÂNCIA NA FIXAÇÃO DO QUANTUM. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

*1. O consumidor que, no mesmo dia do furto de seu cartão de crédito, procede à comunicação à administradora acerca do fato, não pode ser responsabilizado por despesas realizadas mediante falsificação de sua assinatura. **Deveras, cabe à administradora de cartões, em parceria com a rede credenciada, a verificação da idoneidade das compras realizadas, utilizando-se de meios que dificultem ou impossibilitem fraudes e transações realizadas por estranhos em nome de seus clientes, e isso independentemente de qualquer ato do consumi-***

dor, tenha ou não ocorrido furto.

2. A demora de menos de dois anos para o ajuizamento da ação não possui qualquer relevância para fixação da indenização por dano moral. Em realidade, é de todo recomendável que a ação não seja ajuizada tão logo o cidadão se sinta lesado, buscando primeiro as vias extrajudiciais de solução e prevenção de conflitos, como ocorreu no caso, em que a autora pretendeu, sem sucesso, a composição amigável junto à administração da empresa ré.

3. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 970.322/RJ, Rel. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**, QUARTA TURMA, julgado em 09/03/2010, DJe de 19/03/2010).

Nessa linha, o Tribunal estadual entendeu ter a recorrente descumprido suas obrigações contratuais, referentes aos procedimentos de segurança na realização de operação com cartões de crédito, conforme se extrai do seguinte trecho do acórdão recorrido:

“Com efeito, compulsando os autos, notadamente os documentos de fls. 60/63, verifica-se que a atividade da sociedade ré consiste em comercializar produtos a terceiros, distribuidores, para revenda.

Para tanto, é necessário que seja preenchido um contrato de distribuição, com todos os dados do contratado e sobre a forma de pagamento efetuada. Assim sendo, resta evidente a falha da apelante na prestação

do serviço, porquanto não conferiu devidamente as informações prestadas.

(...)

Por outro lado, a ré deixou de colacionar aos autos o referido contrato que gerou a cobrança objeto da ação, para análise dos dados constantes, restringindo-se a alegar que se trata de fraude de terceiro.” (fls. 135/136)

Porém, ainda que tenha havido falha na operação com cartão de crédito, com a cobrança indevida de valores, não é possível desde logo concluir que há dano moral *in re ipsa*, como bem ressaltou a ilustre Relatora, Ministra ISABEL GALLOTTI.

Com efeito, na hipótese em que a cobrança indevida resulta na inclusão do nome do consumidor em cadastros restritivos de crédito, está configurado o dano moral *in re ipsa*, pois a publicidade gerada pela inscrição atinge direito da personalidade, mostrando-se desnecessárias maiores indagações acerca das consequências do ato.

Já no caso de recebimento de fatura de cartão com a inclusão de cobrança injustificada, sem ter havido publicidade decorrente de inscrição indevida, faz-se necessária comprovação da ocorrência de dano moral, que ficaria configurado, por exemplo, quando, depois de inúmeras ligações por parte do consumidor tentando solucionar a questão, a cobrança permanecer, ou ocorrer abuso no direito de cobrança.

Nessa linha:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE CARTÃO DE CRÉDITO. INEXISTÊNCIA DE CONTRATAÇÃO. REITERAÇÃO POR 47 VEZES DE COBRANÇA INDEVIDA. RESPONSABILIZAÇÃO DA EMPRESA COMERCIAL. POSSIBILIDADE. CONFIGURADO O DANO MORAL É POSSÍVEL A EXCEPCIONAL REVISÃO DO VALOR DA CONDENAÇÃO POR MEIO DO ESPECIAL PARA ADEQUAÇÃO DO “QUANTUM” EXCESSIVO. REDUÇÃO DO VALOR ARBITRADO PARA OS PARÂMETROS PRÁTICOS NESTA CORTE. PRECEDENTES.

1. As instâncias ordinárias reconheceram a responsabilidade da prestadora do serviço porque ficou configurado o abuso no exercício do direito de cobrança pois emitiu cartão de crédito sem anuência da consumidora e **apesar dos diversos contatos por ela feitos para resolver as cobranças indevidas (47 vezes), não sobrevieram medidas saneadoras capazes de elidir o equívoco.**

2. Se distancia dos parâmetros adotados neste Sodalício Superior a fixação em R\$ 27.500,00 (vinte e sete mil e quinhentos reais) para reparação do dano moral pelo ato ilícito de emitir cartão de crédito e permanecer cobrando suas taxas de manutenção apesar dos repetidos contatos da consumidora negando a contratação.

3. Consideradas as circunstâncias do caso, a ausência de negatificação e as condições econômicas das partes razoável a

excepcional intervenção desta Corte Superior para reformar o acórdão estadual e adequar o parâmetro indenizatório em R\$ 8.000,00 (oito mil reais), o que está conforme os seus julgados.

4. Agravo regimental provido. (AgRg no AREsp 509.257/SP, Rel. Ministro **MOURA RIBEIRO**, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/09/2014, DJe de 26/09/2014)

Por outro lado, caso acionada a operadora do cartão de crédito e logo resolvida a questão da cobrança indevida, a situação não configuraria, a princípio, dano moral.

Com bem assinalou a ilustrada Relatora, *“O dano extrapatrimonial somente se verificaria diante de cobrança indevida reiterada, a despeito da reclamação do consumidor, ou da publicidade negativa de dívida inexistente, ou se efetuada cobrança que expusesse o consumidor a ameaça, coação, constrangimento, ou interferência malsã na sua vida social.”*

Na hipótese dos autos, não argumenta o autor, na inicial, com a ocorrência de fatos que teriam-lhe infligido sofrimento moral, mas tão somente com a existência de cobrança indevida constante da fatura do cartão. Nesse contexto, não tendo havido inscrição do nome do consumidor no cadastro de inadimplentes, e não

demonstrada a ocorrência de situação apta a configurar dano moral, deve ser afastada a indenização fixada.

Com essas considerações, acompanho o bem lançado voto da eminente Relatora, Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, para dar provimento ao recurso especial, afastando a condenação ao pagamento de danos morais, assim também na fixação dos ônus da sucumbência.

É como voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Ministro Raul Araújo conhecendo e dando provimento ao recurso especial, acompanhando a relatora, e os votos dos Ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi e Luis Felipe Salomão no mesmo sentido, a Quarta Turma, por unanimidade, conheceu e deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto da relatora.

Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão e Raul Araújo (voto-vista) votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Tribunal Superior do Trabalho

Recurso de revista. Rito sumaríssimo. Caixa Econômica Federal. Programa de Arrendamento Residencial. Moradia da população de baixa renda. Operacionalização. Responsabilidade Subsidiária.¹

ACÓRDÃO

4ª Turma

GDCCAS/NBS/RCA/iap

RECURSO DE REVISTA. RITO SUMARÍSSIMO. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL PARA ATENDIMENTO DA NECESSIDADE DE MORADIA DA POPULAÇÃO DE BAIXA RENDA. OPERACIONALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.

I. Esta Corte Superior tem se manifestado no sentido de que a *Caixa Econômica Federal – CEF* não pode ser responsabilizada pelo inadimplemento das verbas trabalhistas, nos casos de construção de casas de baixo custo pela União, mediante a utilização do Fundo de Arrendamento Residencial, instituído pela Lei nº 10.188/2001. Isso porque a referida Lei atribuiu à *CEF* a criação e o gerenciamento do programa social “*Minha casa minha vida*”, cabendo a esse banco público “*criar um fundo financeiro privado com o fim exclusivo de segregação patrimonial e contábil dos*

haveres financeiros e imobiliários destinados ao Programa”, nos termos do art. 2º da Lei nº 10.188/2001. O que se observa, portanto, é que a *Caixa Econômica Federal* não é construtora ou incorporadora, mas, sim, atua no financiamento das moradias a pessoas de baixa renda que se enquadram nos requisitos do programa. Portanto, não cabe à *CEF* a responsabilidade subsidiária pelo pagamento das verbas salariais deferidas ao Reclamante. **II.** Recurso de revista de que se conhece, por contrariedade à Súmula nº 331, V, do TST, e a que se dá provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Revista nº **TST-RR-10591-84.2013.5.15.0046**, em que é Recorrente **CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF** e são Recorridos **ANTÔNIO CARLOS RODRIGUES FILHO** e **CONSTRUTORA E ENGENHARIA MODULUS LTDA.**

O Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região deu parcial provimento ao recurso ordinário interposto pelo Recla-

¹ Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=rtf&numeroFormatado=RR%20-%2010591-84.2013.5.15.0046&base=acordao&numProclnt=278995&anoProclnt=2014&dataPublicacao=11/12/2015%2007:00:00&query=>>>.

mante, para *“incluir nos títulos da condenação os prêmios e seus reflexos, ainda, para reconhecer a responsabilidade subsidiária da 2ª reclamada”* (fls. 247/271 do documento sequencial eletrônico).

A segunda Reclamada (CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF) interpôs recurso de revista (fls. 298/327). A insurgência foi admitida quanto ao tema *“RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA/ SUBSIDIÁRIA”*, por contrariedade à Súmula nº 331, V, do TST (decisão de fls. 332/333).

O Reclamante apresentou contrarrazões ao recurso de revista interposto pela segunda Reclamada (CEF), às fls. 337/341.

Os autos não foram remetidos ao Ministério Público do Trabalho. É o relatório.

PROCESSO Nº TST-RR-10591-84.2013.5.15.0046 - DEJT: 11/12/2015.

VOTO

1. CONHECIMENTO

O recurso de revista é tempestivo (fls. 299 e 342), está subscrito por advogado regularmente habilitado (fls. 246 e 299) e cumpre os demais pressupostos extrínsecos de admissibilidade.

1.1. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL PARA ATENDIMENTO DA NECESSIDADE DE MORADIA DA POPULAÇÃO DE BAIXA RENDA. OPERACIONALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

A segunda Reclamada (CEF) pretende afastar o reconheci-

to de sua responsabilidade subsidiária pelo pagamento das verbas trabalhistas deferidas ao Reclamante. Em síntese, afirma que *“existe dispositivo legal isentando as entidades da administração pública das obrigações trabalhistas de empresas prestadoras de serviços, contratadas mediante licitação”* (fl. 301). Sustenta que a responsabilidade subsidiária do ente público somente pode ser aplicada quando evidenciada sua culpa **in vigilando** e que *“tal responsabilidade não decorre do simples inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada”* (fl. 308). Indica violação dos arts. 5º, II, e 37, II e XXI, da CF/88, 818 da CLT, 333, I, do CPC e 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 e contrariedade à Súmula nº 331, IV e V, do TST, à Orientação Jurisprudencial nº 191 da SBDI-1/TST e à Súmula Vinculante nº 10 do STF. Transcreve arestos para demonstração de divergência jurisprudencial.

Consta do acórdão:

“DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA 2ª RECLAMADA / CEF – PROGRAMA ‘MINHA CASA MINHA VIDA’

Insiste o reclamante na responsabilidade subsidiária da 2ª reclamada e, conforme alega, o Fundo De Arrendamento Residencial não passa de uma entidade criada e gerida pela própria Caixa Econômica Federal, que procedeu com culpa in eligendo e in vigilando, em relação à conduta da 1ª reclamada - a empregadora do recla-

mante - que não cumpriu todas as suas obrigações trabalhistas. De acordo com a r. decisão de origem, o juízo entendeu que CEF não passa de mera representante do Fundo De Arrendamento Residencial, entidade com personalidade jurídica própria e, que, no mais, ostenta a condição de simples dona da obra:

‘Razão assiste a segunda reclamada, eis que, de acordo com o contrato anexo aos autos, a pessoa jurídica contratante foi o FUNDO DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL. A Caixa Econômica Federal apenas apresentou judicialmente a pessoa jurídica mencionada, não podendo ser responsabilizada por obra de terceiro, ao qual apenas apresentou.

Ainda, pelo contrato citado o FUNDO DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL adquiriu uma ‘área de terras’, e contratou com a primeira reclamada a construção de residências vinculadas ao programa nominado ‘Minha Casa Minha Vida’, sendo este, portanto, o dono da obra, hipótese que afasta sua responsabilidade subsidiária.’, id 380808.

Pois bem.

Nos termos da Lei n. 10.188/2011, foi instituído o Programa de Arrendamento Residencial, para atendimento da necessidade de moradia da população de baixa renda, sob a forma de arrendamento residencial com opção de compra, conforme o seu art. 1º, facultada a alienação, sem prévio arrendamento, ou a

cessão dos direitos dos imóveis adquiridos no âmbito do Programa, na dicção do parágrafo 3º do art. 1º.

Ao Ministério das Cidades foi atribuída a tarefa de gerir o Fundo e à Caixa Econômica Federal - CEF foi incumbida a sua operacionalização, nos termos do parágrafo 1º do art. 1º.

Para a referida operacionalização, a CEF foi autorizada a criar um fundo financeiro privado com o fim exclusivo de segregação patrimonial e contábil dos haveres financeiros e imobiliários destinados ao Programa, consoante o art. 2º, sendo que, ficou definido que o patrimônio do Fundo seria constituído, dentre diversos recursos, pelos bens e direitos adquiridos pela CEF no âmbito do Programa.

Decerto, ficou ressalvado que os bens e direitos adquiridos no âmbito do Programa não integram o ativo e/ou os bens e direitos da CEF, à luz dos incisos I e III do parágrafo 3º do art. 2º.

Entretanto, dispõe o art. 4º e seus incisos, que compete à CEF, além de criar o Fundo: alocar os recursos; expedir os atos necessários à operacionalização do Programa; definir os critérios técnicos a serem observados na aquisição, alienação e no arrendamento dos imóveis destinados ao Programa; assegurar que os resultados das aplicações revertidas ao Fundo; representar o arrendador ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente; promover, em nome do arrendador, o registro dos imóveis adquiridos.

Mormente, conforme o inciso

VIII do mesmo art. 4º compete à CEF observar as restrições a pessoas jurídicas e físicas, no que se refere a impedimentos para atuação nos programas habitacionais, bem como, consoante o parágrafo único, à luz dos princípios da legalidade, finalidade, razoabilidade, moralidade administrativa, interesse público e eficiência, ficou estabelecido que as operações de aquisição, construção, recuperação, arrendamento e venda de imóveis obedecerão aos critérios estabelecidos pela CEF, que, inclusive, ficou dispensada da observância das disposições específicas da lei geral de licitações.

Dos preceitos legais aplicáveis à espécie se infere que foi atribuída à CEF a responsabilidade de operacionalizar o programa de construção de moradias populares do 'Programa Minha Casa Minha Vida' nos seus diversos aspectos, estabelecendo, pois, critérios técnicos para aquisição e alienação dos imóveis, construção, contratação das construtoras sem as formalidades da Lei de Licitações, sendo que, também nos termos do contrato, ficou encarregada de fiscalizar terceiros no âmbito do cumprimento do Programa, inclusive, no tocante à satisfação das obrigações trabalhistas dos empregados das empresas contratadas para executar as obras.

Certo que do labor do reclamante se tirou proveito econômico, e/ou político, seja da parte da 1ª, quanto da 2ª reclamada.

Ressalto que o item B.3 e cláusulas 3ª, 4ª, 7ª, 9ª, 11ª e 12ª do

contrato firmado entre o Fundo, CEF e a Construtora, estipulam a obrigação da 1ª reclamada em comprovar o cumprimento das obrigações previdenciárias e trabalhistas e, logicamente, a obrigação da CEF de fiscalizar a satisfação dos aludidos deveres, inclusive a regularidade das obrigações trabalhistas e previdenciárias foi estabelecida como prévia condição para o repasse das parcelas dos pagamentos ajustadas no contrato, id 380801. A toda evidência, a CEF foi negligente e não procedeu com o dever de cautela ao efetuar os repasses das parcelas dos pagamentos do contrato sem que a Construtora tivesse cumprido a legislação do trabalho, poderia, quiçá, retê-los, visando a regularização das obrigações trabalhistas, cujo descumprimento restou certificado nos autos.

Ressalto que a CEF procedeu com culpa in eligendo, ao permitir e/ou optar pela continuidade da relação civil com a Construtora, a despeito da burla à legislação do trabalho, uma vez que a pactuação autorizava o rompimento do contrato, mormente, procedeu com culpa in vigilando, atraindo, induvidosamente, a incidência da Súmula n. 331, item IV, do A. TST.

Salientada a singular condição de operacionalizador do Programa ostentada pela CEF e lembrado que a contratação da 1ª reclamada pela CEF ocorreu com a dispensa das formalidades da Lei de Licitações, não pode se socorrer, a 2ª reclamada, do disposto no art. 71, nem pode invocar a condi-

ção de simples dona da obra, ou seja, de modo algum, incide na hipótese a OJ 191 do C. TST. Não é demais assinalar que a CEF se trata do agente operador do Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social, na leitura do art. 5º, inciso III, da Lei n. 11.124/2005 e que a pactuação firmada entre o Fundo de Arrendamento Residencial, a CEF e a Construtora teve como propósito a edificação de moradias do 'Programa Minha Casa Minha Vida', ou seja, a pactuação teve finalidade ligada ao objeto social da CEF, incumbida de operacionalizar programas sociais de moradia.

Em casos semelhantes, assim decidiu este E. TRT da 15ª Região: Processo n. 0000932-22.2011.5.15.0046, Relator Desembargador Flavio Nunes Campos; 0000931-37.2011.5.15.0046 Juíza Relatora Dora Rossi Góes Sanches.

Observo que as diversas possibilidades contratuais não podem servir para ilaquear e/ou prejudicar o trabalhador, máxime quando as partes envolvidas, ou uma delas, não tem como ou não quer simplesmente responder pelas obrigações trabalhistas cuja satisfação lhe cabe, sendo que ambos, a Construtora e a CEF, se beneficiaram da atividade do obreiro, dentro de uma visão mais abrangente, de retorno aos seus dirigentes, e não só apenas, imediatamente, financeiras.

Soa um desolador retrocesso, permitir que os que celebram um contrato possam, quando ou como resultado de sua execução, provocar e/ou impingir

prejuízos a terceiros, o que não se harmoniza, de forma alguma, com a visão hodierna da função dos contratos.

Aliás, como superiormente dito por André Soares Hentz:

'... há uma alteração do eixo interpretativo do contrato, que deixa de ser visto como resultado da vontade das partes e da mera satisfação de seus interesses, passando a representar um instrumento de convívio social e de preservação dos interesses da coletividade, encontrando aí sua razão de ser e de onde extrai a sua força.

Passa-se a admitir que, além da vontade das partes, o contrato tenha outras fontes de integração de seu conteúdo, que são materializadas na função social que lhe foi atribuída, na boa-fé exigida objetivamente dos contratantes e na busca da justiça contratual.' (in 'Ética nas Relações Contratuais à Luz do Código Civil de 2002', Editora Juarez de Oliveira, 2007, páginas 70/1).

Parece claro que, sendo um instrumento de convívio social e de preservação dos interesses da coletividade, como apontado pelo eminente autor que se vem de mencionar, não se pode imaginar/conceber que um contrato celebrado pelos que tenham interesse no que nele estipulado, venha a prejudicar terceiros, sem que estes tenham como evitar e/ou se ressarcir dos prejuízos que acaso venham a experimentar, situação essa que, se verificada, contraria-

ria, de maneira inconciliável, aqueles atributos que, hodiernamente, são tidos como característicos dos contratos.

Em singelíssimo artigo que, conquanto tendo em mira a intermediação de mão-de-obra, o respeitante desenvolvimento, 'mutatis mutandis', se aplica à situação ora em tela, me posicionei no sentido de que:

'No que mais de perto nos interessa, há fixar que existem pessoas, tradicionalmente enquadradas no conceito de terceiros, mas que agora aparecem, de corpo inteiro, no cenário jurídico para protegerem-se de contratos que possam violar direitos seus, o que é perfeitamente possível, com base nos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, a par de se ajustar à visão moderna do contrato, que mitigou um tanto o princípio da relatividade dos contratos.

Os princípios mencionados impedem que um ajuste, ainda que fruto do mais puro e perfeito acordo de vontades entre as partes venha a causar danos a quem, não tendo declarado vontade alguma, possa experimentar algum prejuízo em decorrência do contrato.

Basta não esquecer que as partes contratantes sempre querem ver seus contratos respeitados por terceiros, aos quais opõem o que neles pactuado, e o Direito, regra geral, lhes dá amparo para assim proce-

derem, para se ver como é natural e funciona mesmo como a outra face da mesma moeda, que esses terceiros, se puderem ser atingidos pelo contrato, tenham meios para evitar os efeitos que possam prejudicá-los.

(...)

Parece claro que o trabalhador, que eu não classificaria como terceiro, mas como segundo dada a sua ligação ou dependência com os contratantes, encontraria aqui sólido fundamento para reclamar, tanto de sua empregadora, como da empresa-cliente, ambas solidárias, o pagamento de seu crédito, já que o ajuste por elas levado a efeito não pode, em atenção aos efeitos externos do contrato, fazer com que ele fique, passe a pobreza da locução, no prejuízo, mesmo porque, vale insistir, não são apenas os contratantes que devem ser protegidos contra atos de terceiros, estes também merecem receber proteção, para que não venham a experimentar prejuízos em decorrência do que pactuado pelos contratantes, sentimento esse que deve, no caso que ora nos ocupa, estar muito, muitíssimo vivo, recebendo os aportes doutrinários e jurisprudenciais necessários para robustecer-se cada vez mais, de modo a não permitir que e o engenho e a arte de contratantes despidos de boas intenções ou mesmo inaceitavelmente indiferentes para com a sorte daqueles que

em seu benefício trabalharam, frustrem os escopos que justificam mesmo a existência do Direito do Trabalho' (in 'Intermediação de Mão-de-Obra - uma Leitura que Leva à Responsabilidade Solidária Entre as Empresas Prestadora e Tomadora de Serviços', Revista LTR 72-047/794).

O ensinamento que se colhe do quanto exposto nas linhas transatas é o de que, as partes que celebram um contrato e que com ele atendem aos seus interesses, que ambas possuem, não podem, por meio desse contrato, causar prejuízos a outrem, e ainda que o prejuízo tenha sido causado diretamente apenas por uma das partes, de todo modo, tanto uma quanto a outra, se beneficiaram do trabalho do obreiro, devem responder pelas obrigações, haja vista a tentativa de fraude à legislação trabalhista e do desporto, de forma que irrecusável a existência da responsabilidade das reclamadas. Finalmente, não se alegue violação ao princípio da legalidade, estatuído no artigo 5º, II, da Magna Carta, para alforriar-se da condenação, pois há outros princípios e regras, que precisariam -como de fato precisam- ser levados em consideração, na situação em tela, tais como o viver honestamente, sem prejudicar ninguém, o de dar a cada um o que é seu, o da boa-fé objetiva, o da proteção da confiança, o da função social do contrato, atento a que há de se ter uma visão sistêmica do

ordenamento jurídico, o que enfraquece conduta diferentes, como a de, verbi gratia, pinçar uma norma para aplicá-la de forma isolada, sem uma visão de conjunto, de sistema. Vale lembrar, nesse passo, que, 'as normas constitucionais não podem ser interpretadas e consideradas isoladamente, abstraídas de seu sistema, mas sim integradas no conjunto, vistas de forma global, dentro de uma estrutura unitária de regras e princípios' (Vólia Bomfim Cassar, 'Interpretação Constitucional do Direito do Trabalho', coord. Fábio Rodrigues Gomes, 'Direito Constitucional do Trabalho - O que há de novo?', Editora Lumen Juris, RJ, 2010, página 225), aliás, se assim não for, descuraria o intérprete da obrigação que possui de considerar a Constituição em seu todo, em sua unidade, e assim preservar a harmonia entre seus princípios e artigos, mesmo porque, como observa Eros Roberto Grau: 'Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços' ('A Ordem Econômica na Constituição de 1988', Malheiros Editores, 6a. Edição, pág. 189), ou, como dizem Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, a 'Constituição é um sistema integrado por diversas normas, reciprocamente implicadas, que, dessa feita, devem ser compreendidas na sua harmoniosa globalidade' ('Curso de Direito Constitucional', Saraiva, 13ª edição, 2009, página 85); destarte, como é bem de ver, seria anódino apelar ao art. 5º, II, da Carta Política.

A falta de imposição de requisitos consistentes e mais rígidos de seleção, provavelmente, teve por escopo a busca do preço mais baixo e, naturalmente, refletiu na idoneidade da prestadora de serviços admitida pelo ente público reclamado, quicá na qualidade dos serviços prestados.

O prejuízo decorrente da aludida escolha, efetuada pelo tomador, seja como for, não pode ser sumariamente transferido para o trabalhador, que, à míngua de prova em contrário, cumpriu as suas obrigações contratuais.

Oportuno lembrar que o ente público, na condição de tomador de serviços, usufruiu das benesses decorrentes do contrato celebrado, não somente em relação aos serviços prestados pelo obreiro.

Não basta, para afastar a responsabilidade subsidiária, simplesmente constatar o descumprimento das obrigações trabalhistas.

Identificada, pois, a sonegação dos direitos dos trabalhadores pela prestadora de serviços, para se eximir da responsabilidade subsidiária, obviamente competia à tomadora impor todas as medidas necessárias e a seu alcance para o restabelecimento da ordem, o que não ocorreu em relação aos direitos trabalhistas do reclamante, que, por exemplo, teve suprimido parte dos seus salários, igualmente, os prêmios ajustados, não havendo se cogitar que o mero inadimplemento não basta para induzir à responsabilidade subsidiária.

Decerto, a tomadora pôde constatar, a tempo, a conduta inidônea da prestadora. Não obstante, em momento algum demonstrou, nos presentes autos, que tivesse tomado alguma providência prática e eficaz no sentido de dar salvaguarda aos direitos do trabalhador, de cujo labor tirou todo proveito, conforme assinalado.

Ressalto que, *in casu*, também se discute de verba de natureza alimentar.

Na hipótese vertente, sequer se tem notícia da retenção de créditos/valores, quanto mais de algum repasse em favor do obreiro, que teve direitos trabalhistas sonegados.

De acordo com os elementos de convicção, a tomadora de serviços procedeu com notória e evidente desídia, no mínimo, ineficácia, tanto na escolha da prestadora, quanto na fiscalização do contrato, sendo que tanto uma hipótese quanto a outra, justifica a sua condenação, subsidiariamente.

Para que não se fale de omissão, passo a tecer outras considerações, pertinentes.

A condenação subsidiária frente aos créditos trabalhistas deferidos encontra arrimo na Súmula n. 331, IV, do C. TST e artigos 186 e 927 do atual Código Civil, tendo sua origem na culpa na contratação de empresa fornecedora de mão-de-obra sem capacidade para honrar os direitos trabalhistas, cujo mero inadimplemento configura a inidoneidade econômico-financeira da prestadora de serviços, mesmo que lícita se considere a terceirização, se afigurando, pois, irrelevante a formação de vín-

culo entre o tomador diretamente com a empregada ou a existência de fraude.

A idoneidade da prestadora de serviços constitui-se em elemento intrínseco à sua contratação pelo tomador (formação do contrato de prestação de serviços) e, por essa razão, permanentemente deve ser aferida, pelo tomador, no curso da prestação de serviços, em razão da presunção da culpa in eligendo ou in vigilando, sob pena de responder o tomador pelos créditos trabalhistas, até porque sua responsabilidade independe da existência de vínculo.

In casu, esse sentir se justifica, conforme exposto alhures, seja a considerar, isoladamente, a culpa in eligendo, seja a considerar, isoladamente, a culpa in vigilando.

Ressalto que a culpa da tomadora, não se desfaz nem mesmo no eventual caso de rescisão antecipada do contrato administrativo, sem que tenha tomado, a tempo e modo, providência prática para fazer cessar o desrespeito às obrigações trabalhistas pela prestadora, inclusive para remediá-lo, ou seja, para solver obrigações trabalhistas dos empregados de cujo labor se beneficiou.

Não poderia ser, pois, de outro modo, pois tirado algum proveito econômico do trabalho, pela tomadora a ela se impõe o dever de zelar pelo fiel cumprimento das obrigações, ainda que derivadas - como as trabalhistas. Não se olvide da preferência de que gozam créditos desta natureza, na ordem jurídica.

Enfim, se a tomadora se subtrai ao seu dever, inevitavelmente responde pelo correlato prejuízo, até porque inconcebível admitir sua irresponsabilidade e impunidade, em detrimento do hipossuficiente.

Assim, a questão da responsabilidade subsidiária, na espécie, há de ser solucionada, passando pela caracterização, ou não, da culpa in vigilando, pois, inadmissível a interpretação que venha a facilitar a fraude, como já decidiu o C. TST, no julgamento do RR 350.986/97, pela sua E. 2ª Turma, tendo sido Relator o Ministro José Luciano de Castilho Pereira.

Reitero que, in casu, ainda, há relevante aspecto a ser considerado, e que não o foi -devidamente- pela recorrente, como se percebe das alegações contidas em suas razões de recurso, e que diz com a impossibilidade, nos dias que correm muito especialmente, de que um contrato celebrado para atender aos interesses dos que dele participam, venha a prejudicar terceiros, mormente um trabalhador, o que deve (rectius: há de) ser reputado inadmissível. Por superiormente demonstrar o sentir que hodiernamente prevalece cedo o passo a eminente Profª Roxana Cardoso Brasileiro Borges, que dilucida que:

‘O contrato tem a finalidade sócio-econômica de satisfazer os interesses das partes, principalmente com base num mecanismo de troca. Sua finalidade não é prejudicar terceiros. Se o mecanismo de satisfação de in-

teresses das partes prejudica terceiros, violando seus direitos, há ilicitude, desvirtuando-se o pacto de sua função sócio-econômica normal, devendo ser corrigido. A ultrapassagem dos limites da função social do contrato caracteriza abuso do direito de contratar, conforme a combinação entre os artigos 421 e 187 do Código Civil, equiparando-se a atuação das partes (tradicionais) a ato ilícito, que pode gerar danos a pessoas que não participaram da formação do vínculo contratual. O dano gerado a terceiros por um vínculo contratual implica, então, responsabilidade para as partes (tradicionais) que pactuaram algo lesivo aos direitos de outrem, passando a ser obrigados a reparar o dano. Por exemplo: se as partes de um contrato são causadoras de um dano ambiental, ainda que este decorra diretamente da conduta de apenas uma delas, todas são responsáveis por sua reparação, pois mesmo a parte que não realiza a conduta material diretamente vinculada ao dano, atua indiretamente motivando-o e esperando proveitos da atividade realizada pelo outro contratante. Se o contrato é firmado em função de uma atividade poluidora, todas as partes deste contrato respondem pelos danos ambientais causados, não apenas a parte que se obrigou a realizar materialmente a atividade poluidora que também é de interesse dos demais con-

tratantes' - Roxana Cardoso Brasileiro Borges, 'Contrato: o Clássico ao Contemporâneo - a Reconstrução do Conceito', artigo inserto na Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, 2006, n. 13, página 45.

Aqui chegando, é hora de consignar que um contrato é celebrado para surtir efeitos dentro em uma sociedade, o que, naturalmente, acaba por projetá-lo dentro da mesma, ou, como superiormente exposto pela Prof^a Teresa Ancona Lopez :

'Hoje, com a consagração do princípio da função social do contrato, vemos não mais ser possível o contrato só ter eficácia em relação às partes, não podendo nem prejudicar nem beneficiar terceiros (res inter alios acta, allis nec potest nec nocet). Sem dúvida, o contrato tem relevância como 'fato social', não existe isolado na sociedade. Em consequência, todo acordo de vontade repercute também nos interesses alheios. É como uma pedra jogada em um lago que vai formando círculos infinitos' - Teresa Ancona Lopez, 'Princípios Contratuais', coordenador Wanderley Fernandes, 'Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais - série GV law', Saraiva, 1^a edição, 2^a tiragem, 2009, página 20.

E quanto à função social do contrato, como ensina o saudoso Prof. Antônio Junqueira de Azevedo:

'A ideia de função social do contrato está claramente determinada pela Constituição, ao fixar, como um dos fundamentos da República, o valor social da livre iniciativa (art. 1º, inciso IV); essa disposição impõe, ao jurista, a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade e essa asserção, por força da Constituição, faz parte, hoje, do ordenamento positivo brasileiro - de resto, o art. 170, caput, da Constituição da República, de novo, salienta o valor geral, para a ordem econômica, da livre iniciativa.

13. O antigo princípio da relatividade dos efeitos contratuais precisa, pois, ser interpretado, ou re-lido, conforme a Constituição' - Antônio Junqueira de Azevedo, 'Estudos e Pareceres de Direito Privado', Saraiva, 2004, páginas 141/2.

Há trazer à colação, outrossim, quanto ao ponto de que ora me ocupo, pela excelência da exposição, a palavra autorizada da ilustre Teresa Negreiros, que, com grande sensibilidade, faz notar que:

'A noção de função social convida o intérprete a deixar de lado uma leitura do direito civil sob a ótica voluntarista, e a buscar em valores sociais que o ordenamento institui como fundamento de todos os ramos do Direito - sejam eles predominantemente públi-

cos ou privados- novos horizontes de aplicação dos tradicionais princípios norteadores do direito dos contratos. Assim, muito além da liberdade individual, passam a integrar a axiologia contratual a justiça, a igualdade, a solidariedade, e demais valores que, sob a ótica civil-constitucional, são essenciais à tutela da dignidade humana no âmbito da ordem econômica. ' - Teresa Negreiros, 'Teoria do Contrato - Novos Paradigmas', Renovar, 2ª edição, 2006, página 226.

Tenho como irrecusável que esses ensinamentos se aplicam a contratos, como o ora em foco, uma vez que, como dilucida Alice Maria Gonzalez Borges:

'Acha-se definitivamente cristalizado, na doutrina, o entendimento de que o contrato é categoria jurídica, antes pertencente à teoria geral do direito do que a determinado ramo jurídico específico. Configura, assim, em sua pureza conceitual, uma área comum de conceitos e princípios essenciais, que tanto pode integrar as concepções científicas do direito público quanto as do direito privado' - Alice Maria Gonzalez Borges, 'Temas de Direito Administrativo Atual - Estudos e Pareceres', Editora Fórum, BH, 2004, páginas 15/6.

Aliás, a ilustre administrativista que venho de mencionar, ao cuidar dos artigos 421 e 422, do Código Civil, logo, da

função social do contrato e da boa-fé, asseverou:

‘Como já afirmamos, esses dois posicionamentos basilares do novo Código Civil se irradiam por vários outros dispositivos, pertinentes a obrigações civis e a contratos, dando-lhes uma visão inteiramente nova, que, em muitos aspectos, se irmana plenamente com as características típicas do contrato administrativo que assinalamos, fazendo presente a ideia aristotélica do intercâmbio de coisas entre os homens, regulado pelo justo corretivo, que corrige e repara o injusto nas relações humanas’ - Alice Maria Gonzalez Borges, ‘Temas de Direito Administrativo Atual - Estudos e Pareceres’, Editora Fórum, BH, 2004, página 34.

Para Romeu Felipe Bacelar Filho:

‘O contrato é uma categoria jurídica que não pertence nem ao Direito Privado nem ao Direito Público, com caráter de exclusividade. Insere-se no Direito e como tal deve ser estudado. Quando o estudo do contrato desenvolve-se na esfera do Direito Público, mais propriamente no campo de atuação do Direito Administrativo, é inobjetável a sua subordinação às regras e peculiaridades do regime jurídico administrativo, caracterizado por um misto de prerrogativas e sujeições. Perceba-se, não constitui demasia repetir, que mesmo nas ‘contratações tipicamente privadas’ o novo Código Civil impõe

observância de cumprimento de função social (art. 421 do CC).

O contrato administrativo não se liberta, porém, de algumas características próprias a qualquer avença, insista-se, da categoria contrato. Como consectário de uma obrigação, o contrato resulta de um acordo de vontades. A autonomia, temperada pela função social do contrato, constitui elemento imprescindível a ser observado em qualquer avença’ - Romeu Felipe Bacelar Filho, ‘Direito Administrativo e o novo Código Civil’, Editora Fórum, BH, 2007, páginas 182/3).

Estou em que não há como levantar, validamente, qualquer dúvida de que, no âmbito de um contrato em que figure em um dos lados um ente público, respeitadas todas as suas peculiaridades, possa haver algum motivo que autorize e/ou leve a que se afaste a observância da função social do contrato, o que magoaria todo o ordenamento jurídico vigente e mesmo o sentimento do direito que cada operador, efetivamente devoto às coisas do direito, tenha.

Nesse passo, vale consignar o ensinamento da grande Maria Sylvia Zanella di Pietro, no sentido de que o contrato administrativo é uma espécie do gênero contrato, e nem o fato de a Administração estabelecer, de forma unilateral, as condições do concerto, retira a sua natureza contratual, de reproduzir suas palavras:

‘Colocamo-nos entre os adeptos da terceira corren-

te, que aceita a existência do contrato administrativo como espécie do gênero contrato (...) o fato de a Administração estabelecer unilateralmente as condições do ajuste não lhe retira a natureza contratual. Enquanto não se produz o acordo de vontades, nenhum efeito resulta do ato unilateral da Administração' - Maria Sylvia Zanella di Pietro, 'Direito Administrativo', Atlas, 13ª edição, páginas 234/5.

Vale salientar que, sendo certo que: 'o controlador das empresas tem um poder-dever insculpido na exploração empresarial cujo escopo da função social o conduz aos ditames não mais com as características egoísticas e única do lucro, mas também, com os princípios da ordem econômica constitucional, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social' - Augusto Geraldo Teizen Júnior, 'A Função Social no Código Civil', RT, 2004, páginas 158/9-, não se pode conceber esteja e/ou fique um ente público, quando contrate, desobrigado de observar aludidos princípios, mormente porque 'O Direito Administrativo é um dos mais afetados pelo fenômeno da constitucionalização. A partir da centralidade da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, a relação entre Administração e administrados é alterada, com a superação ou releitura de paradigmas tradicionais' -Luís

Roberto Barroso, 'A Constitucionalização do Direito e suas repercussões no Âmbito Administrativo', coordenadores Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto, 'Direito Administrativo e Seus Novos Paradigmas', Editora Fórum, BH, 2008, página 63-, sendo certo, ainda, que 'Qualquer atividade do Estado deve ser avaliada, sob pena de ser dada como inconstitucional e afrontosa à dignidade humana, considerando-se cada cidadão é tomado como fim em si mesmo ou como instrumento para outros objetivos' -Rogério Tiar, 'A Dignidade da Pessoa Humana e o Direito Penal - A Tutela Penal dos Direitos Fundamentais', SRS Editora, SP, 2008, página 71), parecendo extreme de dúvida que, se um trabalhador presta serviços a um ente público, por meio de empresa por este contratada, e não recebe escoreita e integralmente seus direitos e o respeitante ente público não fica responsável pelos valores então devidos, então esse trabalhador estará sendo tomado, não como um fim em si mesmo, mas, sim e lamentavelmente, como instrumento para outros objetivos! E justamente num concerto em que uma das partes é um ente público, do qual, naturalmente, se espera um especial cuidado com as obrigações que assume, já que, em derradeira análise, sempre as faz em nome da sociedade, o que, de pronto, impõe a rejeição de que, no aludido ajuste, possa um trabalhador ser lesado em seus direitos trabalhistas, o

que a ideia de sociedade, enquanto tal e enquanto todo -e não fragmentada em setores- não combina, tampouco aceita! Acaso se pretenda levar a discussão para o âmbito da lei 8666/93, o que não parece ser o melhor, então haverá trazer à ribalta o disposto no artigo 58, III, da lex em referência, já que, como dito, quando há um ente público num dos polos de dada relação contratual, a exigência de fiscalização, por parte deste, para que do contrato então celebrado não resulte prejuízos, não só ao erário, como também a terceiros, assoma em relevância, e se agiganta mesmo, quando o próprio ente intervém num concerto que o resultado certo é o prejuízo de outrem, aqui, diretamente o trabalhador e também a sociedade.

Outrossim, há de ser invocado o quanto estatuído no § 6º, do artigo 37, da vigente Carta Política, em prol do quanto aqui exposto, já que inconcebível possa um ente público que contrata, como dito, em última instância, ou primeira, se se preferir- em nome e para beneficiar a sociedade, prejudique alguém que a integre. Na legislação infraconstitucional, possível buscar sustentação, no particular, nos artigos 186 e 927, do Código Civil, além dos já mencionados nas linhas transatas.

Bem é de ver que não se está negando eficácia a qualquer dispositivo da lei em comento, logo, também não se está ignorando o seu artigo 71, § 1º, de maneira alguma, ao reverso, se o mantém com toda a sua força normativa, já que o

fundamento da responsabilidade aqui reconhecida, não se ampara numa cega e mecânica responsabilização de um ente público, mas, isso sim, decorre da reprovável atuação deste, celebrando ajustes que provocam inconciliável cizânia com as normas aplicáveis. Registro que, a meu aviso, essa responsabilidade deveria ser solidária, mas rendo-me ao sentir que prevalece, no sentido de que deva ser subsidiária.

Não é demais acrescentar que a retro-denunciada reprovável falta de fiscalização resta inegável com a falta de pagamento, a tempo e modo, ao recorrido, dos direitos reconhecidos pela r. sentença, e a tomadora, disso, sequer tomou conhecimento e se fiscalizou, fiscalizou mal, sem tomar, pois, providências providas de eficácia, tolerando, por conseguinte, as violações à ordem jurídica, situações estas que se equivalem.

Ao fim e ao cabo, então, o ensinamento que se colhe do quanto exposto nas linhas acima, com a transcrição da lição de várias lentes, é o de que, como se pontuou, as partes que celebram um contrato e que com ele atendem aos seus interesses, que ambas possuem, não podem, por meio desse contrato, causar prejuízos a outrem -o que se agrava, em muito, face a presença de um ente público em um dos lados do contrato-.

Assim, irrecusável a existência da responsabilidade subsidiária do ente público, 2ª reclamada, eis que, conquanto não tenha seja possível tê-la à con-

ta de empregador, diretamente, do reclamante, o que, aliás, não se discute nesta sede, ele, de todo modo, se beneficiou do serviço prestado, o que faz exsurgir a sua responsabilidade subsidiária, e implica no reconhecimento da legitimidade da parte, perante o débito. Mais: a responsabilidade subsidiária não pode servir de elmo protetor para que o responsável subsidiário não tenha de reparar integralmente o prejuízo experimentado pelo trabalhador, mesmo porque a não observância do estabelecido nos aludidos dispositivos legais se resolve com o pagamento das importâncias então exigíveis, além do que, em essência, tudo decorre da circunstância de que não contratou bem a responsável subsidiária, o que impede conheça êxito o apelo, devendo os tomadores, conforme delimitado pelo juízo de origem, arcar com o pagamento dos títulos, como os constantes da r. sentença, no que se refere às verbas deferidas, indistintamente.

Para que não fique sem menção, consigne-se que cláusula de contrato de prestação de serviços que exclua a responsabilidade da contratante quanto aos encargos trabalhistas, previdenciários e fiscais não pode afetar direitos de terceiros.

Frise-se, ainda, que a prestadora está sendo reconhecida como devedora principal pelos débitos trabalhistas existentes e o tomador como responsável subsidiário, no caso daquela não solver seus débitos.

Atento, pois, aos ensinamentos retro-reproduzidos, entendo que merece reforma o r. julgado recorrido e aqui trago à reflexão um ponto que acredito da maior relevância, qual seja, o de que a defesa da indisponibilidade de um interesse público não pode levar a um dado ente público - atento, contudo, à qualidade da recorrente - a dispor dos direitos de outrem, in casu, um trabalhador, o que torna a questão mais grave ainda, embora seja-o em relação ao direito de todo e qualquer cidadão, magoando as normas legais então aplicáveis, o que, aí sim e inegavelmente, agrediria, a mais não poder, o indigitado interesse público, que, bem é de ver, não fica melhor atendido do que quando respeitados os interesses de todos os integrantes da comunidade abrangidos pelo raio de ação de um ente público, seja em que esfera for.

De outra parte, acrescento que não há cizânia entre o que vem de ser sustentado, com os termos da Súmula n. 363 do C. TST, aplicável tão-somente aos contratos considerados nulos, na forma do texto constitucional, questão estranha à debatida nestes autos.

Não se alegue violação ao princípio da legalidade, estatuído no artigo 5º, II, da Magna Carta, para alforriar-se da condenação subsidiária, pois há outros princípios e regras, que precisariam - como de fato precisam - ser levados em consideração, de forma harmônica, na situação em tela, tais como o viver honestamente, sem prejudicar ninguém, o de dar

a cada um o que é seu, o da boa-fé objetiva, o da proteção da confiança, o da função social do contrato, atento a que há de se ter uma visão sistêmica do ordenamento jurídico, o que enfraquece conduta diferentes, como a de, verbi gratia, pinçar uma norma para aplicá-la de forma isolada, sem uma visão de conjunto, de sistema.

Aliás, a já mencionada Súmula n. 331, itens IV e V, do C. TST não recusa a responsabilização de um ente público terceirizante:

‘ SUM-331 CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimple-

mento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. ’

Para enriquecer a presente motivação cito os apontamentos do Ministro Luiz Philippe Vieira De Mello Filho, para quem não há confundir a obtenção de mão de obra para o desempenho de atividade-meio no âmbito público com a contratação de serviços e obras pela administração pública via procedimento licitatório, nos moldes do art. 37, inciso XXI, da CF, disciplinado na Lei n. 8.666/93, pois, em tal circunstância, não se busca o produto (no caso de obras) ou a utilidade (no caso de serviços) proporcionados pelo vencedor do certame a que alude o mencionado diploma de lei, mas, tão somente, a fruição do trabalho alheio, para a satisfação de necessidades que poderiam ser supridas por meio da admissão de pessoal para laborar nos quadros estatais.

Em face disso, o E. STF, ao julgar a ADC n. 16 e considerar o art. 71 da Lei nº 8.666/93 constitucional, de forma a vedar a responsabilização da Administração Pública pelos encargos trabalhistas devidos pela prestadora dos serviços, nos casos de mero inadimplemento das obrigações por parte do vencedor de certame licitatório, referiu-se, por óbvio, às obras e serviços contratados, via licitação, pela administração pública. Isso porque, ao fazer referência às terceirizações incidentes sobre atividade meio da Administração Pública, o E. STF expendeu

o entendimento de que, nos casos em que restar demonstrada a culpa in vigilando da entidade estatal (incluindo-se, nesse conceito, os órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta), viável se torna a sua responsabilização pelos encargos devidos ao trabalhador, tendo em vista que, nessa situação, responderá pela sua própria incúria:

' AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISITA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - ADMISSÃO DE PESSOAL VIA CONCURSO PÚBLICO E CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA PARA SUPRIMENTO DE EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO - PROCEDIMENTO LICITATÓRIO - AUSÊNCIA DE CONFUSÃO ENTRE OS INSTITUTOS - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADC Nº 16 - JULGAMENTO PELO STF - VEDAÇÃO DE SE RESPONSABILIZAR O CONTRATADO PARA A EXECUÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS PÚBLICOS PELO MERO INADIMPLEMENTO DE SUAS OBRIGAÇÕES LABORAIS - TERCEIRIZAÇÃO DE ATIVIDADE-MEIO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO TOMADOR DOS SERVIÇOS - POSSIBILIDADE DESDE QUE DEMONSTRADA A CULPA IN VIGILANDO - OCORRÊNCIA NA HIPÓTESE DOS AUTOS - ARTS. 58, III, E 67, CAPUT E § 1º, DA LEI Nº 8.666/93 - INCIDÊNCIA. Em observância aos postulados da impessoalidade e da moralidade (art. 37, caput, da Carta Magna), o legislador constitucional elegeu

três formas de ingresso nos quadros da administração pública, quais sejam, via cargo público, via emprego público e via contrato temporário para atendimento de excepcional interesse público (incisos II e IX do aludido dispositivo). Ao fazê-lo, não deixou espaço para o legislador infraconstitucional expandir o rol acima citado, por tratar a matéria de questão intimamente ligada à gestão dos negócios públicos, que, por decisão do poder constituinte originário, ficou restrita ao âmbito constitucional. Nessa senda, não se pode confundir a contratação de serviços e obras pela administração pública, via procedimento licitatório (instituto previsto no inciso XXI do referido dispositivo constitucional e disciplinado na Lei nº 8.666/93), com a obtenção de mão de obra para o desempenho de atividade-meio no âmbito público, pois, em tal circunstância, não se busca o produto (no caso de obras) ou a utilidade (no caso de serviços) proporcionados pelo vencedor do certame a que alude o mencionado diploma de lei, mas, tão somente, a fruição do trabalho alheio, para a satisfação de necessidades que poderiam ser supridas por meio da admissão de pessoal para laborar nos quadros estatais. Em face disso, o STF, ao julgar a ADC nº 16 e considerar o art. 71 da Lei nº 8.666/93 constitucional, de forma a vedar a responsabilização da Administração

Pública pelos encargos trabalhistas devidos pela prestadora dos serviços, nos casos de mero inadimplemento das obrigações por parte do vencedor de certame licitatório, referiu-se, por óbvio, às obras e serviços contratados, via licitação, pela administração pública. Isso porque, ao fazer referência às terceirizações incidentes sobre atividade-meio da Administração Pública, o STF expendeu o entendimento de que, nos casos em que restar demonstrada a culpa in vigilando da entidade estatal (incluindo-se, nesse conceito, os órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta), viável se torna a sua responsabilização pelos encargos devidos ao trabalhador, tendo em vista que, nessa situação, responderá pela sua própria incúria. Por culpa in vigilando entenda-se a postura passiva da Administração Pública, que deixa de exigir do prestador dos serviços o demonstrativo atinente ao cumprimento das obrigações laborais, de aplicar, em caso de reitência, as sanções previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93 e de rescindir o contrato, na forma dos arts. 77 e 78 do mencionado diploma legal. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem consignou que a Administração Pública não cumpriu com o seu dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações laborais devidas pelo prestador dos serviços. Não demonstrada a satisfação do dever imposto pelos arts. 58,

III, e 67 da Lei nº 8.666/93 (ônus que incumbe ao ente público, por se tratar de fato impeditivo do acolhimento da pretensão autoral), impõe-se a manutenção do acórdão regional, pois patente a existência de culpa in vigilando por parte da Administração Pública, não se havendo de cogitar, portanto, em sua responsabilização pelo mero inadimplemento das obrigações devidas por aquele que firma contrato de execução de serviços e obras públicas com o Estado (o que restou vedado pela decisão proferida na citada ADC nº 16). Agravo de instrumento desprovido. - TST Processo: AIRR 1454-65.2010.5.10.0000 - Data de Julgamento: 22/06/2011 - Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho (1ª Turma) - Data de Publicação: DEJT 01/07/2011 - in site do C. TST.

Na mesma linha de entendimento o ilustrado julgado a seguir:

'ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA E ART.71 DA LEI 8.666/93. A Administração Pública tem o dever de fiscalizar o cumprimento dos contratos por ela firmados (inciso XXI e parágrafo 6º, artigo 37, CF), inclusive para verificar a integral satisfação das obrigações do trabalho assalariado, pois foi beneficiária direta dos serviços prestados. A responsabilidade subsidiária decorre tanto do disposto na lei comum (culpa contratual), quanto do en-

tendimento do item IV Súmula 331/ TST, calcado nas regras do artigo 9º e 444 da legislação consolidada. Este dever imposto à Administração Pública é razão suficiente para afastar a incidência do §1º, art. 71 da Lei 8.666/93 como forma de excluir a responsabilidade subsidiária do ente público. As regras do Direito do Trabalho, neste aspecto, constituem norma de ordem pública, por exemplo, o artigo 9º CLT, em pleno vigor, que também configura regra especial e prevalece sobre a geral, segundo os princípios de hermenêutica. Vale ressaltar que a citada Lei de Licitações tem como âmbito de aplicação a relação entre a Administração Pública e seus contratados, e não diz respeito ao trabalhador, que vende a sua força de trabalho, mão de obra da qual a Administração Pública se beneficia. Em verdade, o art.71 da Lei 8.666/93 não é oponível ao trabalhador. Daí porque, a responsabilidade subsidiária de ente público não passa pela declaração da constitucionalidade ou não do art. 71 da Lei 8.666/93 e não envolve a invocação de ofensa à Súmula 10 do STF. Não se trata de declarar a constitucionalidade ou não daquele artigo e nem de lhe negar vigência. Além disto, a questão envolve exercício de hermenêutica jurídica para que o diploma legal conte com a interpretação que melhor se coaduna com

todo o ordenamento jurídico. Dentro desta perspectiva, ressalte-se que o referido art.71 da Lei 8666/93 se justifica diante de outro dispositivo do mesmo diploma legal, inc. IV, art. 80, que confere ao ente público o dever de reter os créditos devidos à empresa com quem contrata, até o limite dos prejuízos causados. Assim, a interpretação do art.71 deve ser feita em conjunto com todo o teor do diploma legal e não de forma isolada. E também a sua interpretação à luz da Constituição que traz como princípio o valor social do trabalho e a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano. Tudo isto não implica negar a aplicação do art.71, mas interpretá-lo de forma lógico-sistemática. ' - TRT 3ª Região, Processo n. 0042500-51.2009.5.03.0101 RO (10ª Turma), Relator Desembargador Márcio Flávio Salem Vidigal, Publicação 24-02-2010, in site do E. TRT3.

Igualmente:

'RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ENTE PÚBLICO. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA. A conjugação dos artigos 29 e 55 da Lei de Licitações, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração Pública, autoriza concluir que, na condição de tomador dos serviços, o ente público está obrigado a, periodicamente, tomar as contas do prestador contratado e, diante de qual-

quer irregularidade, dar por findo o contrato, nos exatos termos dos artigos 78, I e 80, da mesma Lei, inclusive sob pena de responsabilidade civil e penal do administrador (art. 83, Lei n. 8.666/93). Além disso, ao prever que os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado são aplicáveis aos contratos regidos pela mencionada Lei, o artigo 54 autoriza adoção da teoria da responsabilização in eligendo e in vigilando. Caso em que não há qualquer elemento nos autos que informe o acompanhamento, pela recorrente, do contrato de prestação de serviços. A decisão que reconhece a responsabilidade subsidiária do ente público pelas obrigações do tomador, contratado mediante licitação, não desrespeita a Súmula vinculante n. 10 do STF e tampouco deixa de atentar para o artigo 71 da Lei n. 8.666/93, interpretado em consonância com os demais dispositivos da mesma Lei.' - TRT 4ª Região, Processo n. 0000340-75. 2010.5.04.0512 (RO), (Turma), Relatora Desembargadora Maria Inês Cunha Dornelles, Publicação 06/07/2011, in site do E. TRT4.

'RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. Uma vez demonstrado que o órgão da administração pública foi beneficiário dos serviços prestados pelo reclamante, a hipótese caracteriza autêntica contratação por in-

terposta pessoa, sendo imperativa atribuir ao tomador a responsabilidade subsidiária do ente público pelo pagamento das parcelas trabalhistas deferidas. A justificativa para a existência da responsabilidade subsidiária, na órbita trabalhista, é a indiscutível índole tutelar do Direito do Trabalho, da qual a Administração Pública não pode ser excluída, sob pena de se privilegiar o capital em detrimento do trabalho, valor social eleito pela Carta Magna. A responsabilidade dos entes públicos pelo pagamento dos créditos trabalhistas devidos aos empregados contratados por empresa interposta é extracontratual e subjetiva, resultante de ato ilícito ou abuso de direito, na forma prevista pelos artigos 186 e 187, do Código Civil. O ente público ao contratar por meio de licitação deverá certificar-se da idoneidade da empresa contratada e exigir qualificação econômica condizente com o valor do contrato. Deixando de observar tais critérios, haverá culpa in eligendo. De igual forma, o contratante fica obrigado a fiscalizar o cumprimento do contrato e deve exigir da empresa prestadora dos serviços a prova de quitação das obrigações elementares decorrentes dos contratos de trabalho. Olvidando tais providências, a administração pública incorre em culpa in vigilando. Inteligência dos artigos 67,

87 e 97, todos da Lei 8.666/93'. - TRT 3ª Região, Processo n. 0001287-14.2010.5.03.0042 RO (7ª Turma), Relatora Desembargadora Alice Monteiro de Barros, Publicação 24-03-2011, in site do E. TRT3. 'AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. O TST não adotou a tese de inconstitucionalidade do art. 71 da Lei n.º 8.666/93 e a Ação Direta de Constitucionalidade n.º 16 visa o reconhecimento da constitucionalidade do referido dispositivo, razão pela qual a decisão do Supremo Tribunal Federal não acarreta o afastamento da incidência da Súmula n.º 331, V, do TST. Agravo de Instrumento não provido'. - Processo: AIRR - 2801-58.2010.5.02.0000 - Data de Julgamento: 28/06/2011 - Relator Ministro Carlos Alberto Reis de Paula (8ª Turma) - Data de Publicação: DEJT 01/07/2011. - in site do C. TST.

Por derradeiro, na esteira de toda a motivação retro, saliento expressamente que não cabe cogitar de afronta ao disposto no art. 71 da Lei n. 8.666/1993, inclusive -acrescento- ao art. 37, inciso XXI, da CF, porquanto, como exposto, a responsabilidade civil decorrente da culpa in vigilando está embasada no art. 927 c/c art. 186 do CC, aplicando-se, ainda, por extensão e analogia, os artigos 8º, 9º e 455 todos da CLT; não havendo sustentar, inclusive, de inconstitucionalidade da Súmula n. 331 do C. TST, porquanto os entendimentos da Corte Superior tra-

balhista ao serem consubstanciados mediante a edição de ditames jurisprudenciais passam pelo crivo da legalidade e constitucionalidade, afastando-se, portanto, qualquer alegação de ofensa a princípios da Carta Magna; igualmente adiante que não tem espaço aventar de agressão à Lei de Responsabilidade Fiscal, o que, aliás, não restou mesmo comprovado, nem à Súmula vinculante n. 10, como, ilustrativamente, demonstra o julgado adiante:

'RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIZAÇÃO TRABALHISTA DE ENTES ESTATAIS TERCEIRIZANTES. ABRANGÊNCIA. SÚMULA 331, IV/TST. EDIÇÃO PELA COMPOSIÇÃO PLENÁRIA DESTE TRIBUNAL. ART. 71, § 1º, DA LEI 8.666/93. RESERVA DE PLENÁRIO. SÚMULA VINCULANTE 10/STF. Os entendimentos contidos nas súmulas e orientações jurisprudenciais, no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, são formalizados pela sua composição plenária. Assim, o disposto na Súmula 331, IV/TST, acerca da manutenção da responsabilidade subsidiária de entes estatais terceirizantes, atende a exigência relacionada à cláusula de reserva de plenário a que aludem o art. 97 da Constituição Federal e a Súmula Vinculante 10/STF. Ademais, a decisão recorrida não declarou a inconstitucionalidade do art. 71 da Lei 8.666/93, mas apenas consignou que referido dispositivo de lei não afasta a responsa-

bilidade subsidiária da Recorrente. A Súmula 331, IV/ TST, ao estabelecer a responsabilidade subsidiária da entidade tomadora de serviços, tem o mérito de buscar alternativas para que o ilícito trabalhista não favoreça aquele que já foi beneficiário do trabalho perpetrado. Realiza, ainda, de forma implícita, o preceito isonômico, consubstanciado no art. 5º, caput e I, da CF. Além disso, isentar entes estatais da responsabilidade subjetiva é retroceder a ordem jurídica a período monárquico (século XIX, como se sabe) da irresponsabilização privilegiada do Estado - o que, evidentemente, não deflui da Constituição de 1988. A propósito, nem as Cartas do período autoritário (Constituições de 1967 e de 1969) tiveram essa veleidade, muito menos teria a Constituição mais democrática e civilizada de nossa História, promulgada em 5.10.1988, que, em se tratando de entes estatais, determina, regra geral, a responsabilização objetiva prevista em seu § 6º do art. 37. Recurso de revista não conhecido'. - TST Processo: RR - 33000-15.2009.5.10.0020 Data de Julgamento: 24/11/2010, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado (6ª Turma), Data de Publicação: DEJT 03/12/2010 - in site do C. TST.

Observo que a responsabilidade subsidiária abrange todas as verbas e/ou obrigações não personalíssimas deferidas, in-

clusive, sempre que o caso, muitas como as normativas e as dos artigos 467 e 477, § 8º, da CLT; também, no caso de conversão de obrigação de fazer em obrigação de pagar, ainda como decorrência da culpa in eligendo e in vigilando e artigos 186 e 927 do CC, eis que, como já colocado, a não observância da legislação trabalhista e previdenciária, se resolve com o desembolso do que exigível -inclusive por parte daquele que se acomodou, deixando de exercer, oportunamente, tão amplos poderes fiscalizatórios-, até porque, em essência, tudo decorre da circunstância de que o responsável subsidiário não averiguou a tempo e modo, adequadamente, o cumprimento das obrigações exigíveis do responsável principal.

Na esteira de toda a motivação retro, saliento que não cabe cogitar de afronta ao art. 71 da Lei n. 8.666/1993 e demais dispositivos mencionados, porquanto, como exposto, a responsabilidade civil decorrente da culpa 'in vigilando' está embasada no art. 927 c/c art. 186 do CC, aplicando-se, ainda, por extensão e analogia, os artigos 8º, 9º e 455 todos da CLT.

Por derradeiro, adoto como razões de decidir o Enunciado n. 1 da 1ª Jornada de Direito Material e Processual do C. TST, visto que a isenção de responsabilidades da 2ª reclamada atenta contra o princípio da dignidade da pessoa humana:

'1. DIREITOS FUNDAMENTAIS. INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO. Os direitos fundamentais devem ser

interpretados e aplicados de maneira a preservar a integridade sistêmica da Constituição, a estabilizar as relações sociais e, acima de tudo, a oferecer a devida tutela ao titular do direito fundamental. No Direito do Trabalho, deve prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana.'

Colhe o apelo interposto pelo reclamante para reconhecer a responsabilidade subsidiária da 2ª reclamada" (fls. 251/269 – com destaques no original).

Como se observa, o Tribunal Regional entendeu que *"foi atribuída à CEF a responsabilidade de operacionalizar o programa de construção de moradias populares do 'Programa Minha Casa Minha Vida' nos seus diversos aspectos, estabelecendo, pois, critérios técnicos para aquisição e alienação dos imóveis, construção, contratação das construtoras sem as formalidades da Lei de Licitações, sendo que, também nos termos do contrato, ficou encarregada de fiscalizar terceiros no âmbito do cumprimento do Programa, inclusive, no tocante à satisfação das obrigações trabalhistas dos empregados das empresas contratadas para executar as obras"*. Constatou que *"a CEF foi negligente e não procedeu com o dever de cautela ao efetuar os repasses das parcelas dos pagamentos do contrato sem que a Construtora tivesse cumprido a legislação do trabalho"*. Por esse motivo, entendeu que *"não pode se socorrer, a 2ª reclamada, do*

disposto no art. 71, nem pode invocar a condição de simples dona da obra, ou seja, de modo algum, incide na hipótese a OJ 191 do C. TST".

A jurisprudência desta Corte Superior está pacificada no sentido de que não há responsabilidade, quer solidária quer subsidiária, do dono da obra por débitos trabalhistas contraídos pelo empreiteiro. Nesse sentido a Orientação Jurisprudencial nº 191 da SBDI-1 desta Corte Superior:

"DONO DA OBRA. RESPONSABILIDADE.

Diante da inexistência de previsão legal, o contrato de empreitada entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora".

Noutro giro, esta Corte Superior tem se manifestado no sentido de que a *Caixa Econômica Federal – CEF* não pode ser responsabilizada pelo inadimplemento das verbas trabalhistas, nos casos de construção de casas de baixo custo pela União, mediante a utilização do Fundo de Arrendamento Residencial, instituído pela Lei nº 10.188/2001.

Isso porque a referida Lei atribuiu à *CEF* a criação e o gerenciamento do programa social *"Minha casa minha vida"*, cabendo a esse banco público *"criar um fundo financeiro privado com o fim exclusivo de segre-*

gação patrimonial e contábil dos haveres financeiros e imobiliários destinados ao Programa", nos termos do art. 2º da Lei nº 10.188/2001.

O que se observa, portanto, é que a *Caixa Econômica Federal* não é construtora ou incorporadora, mas, sim, atua no financiamento das moradias a pessoas de baixa renda que se enquadrem nos requisitos do programa. Portanto, não cabe à CEF a responsabilidade subsidiária pelo pagamento das verbas salariais deferidas ao Reclamante.

Os seguintes precedentes ilustram esse entendimento:

"RECURSO DE REVISTA. LEI N.º 13.015/2014. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL - "MINHA CASA MINHA VIDA" - Prevalece o entendimento, nesta Corte Superior, de que, na hipótese da Lei 10.188/2001, que criou o Programa de Arrendamento Residencial, regulando a construção e venda de moradias a pessoas de baixa renda envolvendo a União, não resulta configurada a responsabilidade subsidiária da CEF, quando apenas operacionaliza obra, na qual o empregado é contratado pela construtora civil para trabalhar em imóvel do citado programa. Entende-se que a situação não se confunde com a de terceirização, da Súmula nº 331 do TST, pois a CEF atua apenas como gestora operacional do referido Programa. Com ressalva de entendimento do Relator. Recurso de Revista conhecido e provido"

(RR - 1245-84.2013.5.04.0024, Relator Desembargador Convocado Marcelo Lamego Perence, **1ª Turma**, DEJT 28/08/2015).

"RECURSO DE REVISTA. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL PARA ATENDIMENTO DA NECESSIDADE DE MORADIA DA POPULAÇÃO DE BAIXA RENDA. OPERACIONALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N.º 331, IV, DO TST. Coube à CEF, por força da Lei n.º 10.188/01, operacionalizar o Programa de Arrendamento Residencial para atendimento da necessidade de moradia da população de baixa renda. Para a consecução de tal empreendimento, assegurou-se um fundo financeiro específico, cuja criação e gerenciamento ficaram a cargo da CEF, totalmente dissociado de seu patrimônio. A referida lei ainda dispensou a CEF das disposições específicas da lei geral de licitação, quando da implementação de seus misteres relativos à aquisição, construção, recuperação, arrendamento e venda de imóveis. Exsurge desse contexto a ilação de que a hipótese vertente não se identifica com a do tomador de serviço, a que se refere a Súmula n.º 331, IV, desta Corte Uniformizadora. Não se trata, pois, de terceirização de mão de obra levada a efeito pela Administração Direta ou Indireta, para atingir alguma finalidade voltada para si mesma. Daí por que a impossibilidade de se atribuir à CEF a responsabilidade sub-

sidiária pelo pagamento de créditos trabalhistas não adimplidos pelas empresas contratadas para a realização do programa instituído pelo Governo Federal. Mutatis mutandis, a hipótese guarda semelhança com a prevista na Orientação Jurisprudencial Transitória n.º 66 da SBDI-1. Neste contexto, sem razão o Recorrente, pois a decisão do Regional se coaduna com o entendimento cediço desta Corte. Óbice do art. 896, § 7.º, da CLT e da Súmula n.º 333 do TST. Precedentes. Recurso de Revista não conhecido” (RR - 1245-66.2012.5.04.0009, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, **4ª Turma**, DEJT 19/06/2015).

“RECURSO DE REVISTA - CEF - FUNDO DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL - PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - DESCABIMENTO. Cobre à Caixa Econômica, por força da Lei nº 10.188/2001, operacionalizar o Programa de Arrendamento Residencial para suprir a necessidade de moradia da população de baixa renda. Para viabilizar esse programa, assegurou-se um fundo financeiro específico (Fundo de Arrendamento Residencial- FAR), cuja criação e gerenciamento ficaram a cargo da CEF, totalmente dissociado de seu patrimônio. Logo, a CEF e o FAR não podem ser responsabilizados subsidiariamente pelo pagamento de créditos trabalhistas não adimplidos pelas empresas construtoras integrantes do Programa de Arrendamento Residencial. Não se trata de

terceirização de mão de obra e a CEF ou o FAR efetivamente não foram tomadores dos serviços prestados pela reclamante. Inaplicável ao caso a Súmula nº 331, IV e V, do TST. Recurso de revista conhecido e provido” (RR - 121300-71.2013.5.17.0131, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, **7ª Turma**, DEJT 18/09/2015).

“RECURSO DE REVISTA - FAR - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - FUNDO DE ARRENDAMENTO HABITACIONAL INSTITUÍDO PELA LEI Nº 10.188/2001 - PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA. De acordo com o art. 1º, § 1º, da Lei nº 10.188/2001, à CEF foi imputada a responsabilidade pela operacionalização do Programa de Arrendamento, cabendo a ela adquirir uma área de terra para a viabilização da construção das moradias e contratar empresa para a execução do projeto. Não há como reconhecer a terceirização de mão de obra, porquanto a Caixa Econômica e o FAR - FUNDO DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL não se beneficiaram do trabalho prestado pelo Empregado contratado pela Empresa prestadora de serviços, atuando como mera gestora dos recursos direcionados à construção de moradias populares. Recurso de Revista conhecido e provido” (RR - 105500-03.2013.5.17.0131, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, **8ª Turma**, DEJT 04/09/2015).

Nesse contexto, a *Caixa Econômica Federal* não pode ser responsabilizado subsidiariamente pela

dívida trabalhista do construtor, pois ela nunca foi tomadora dos serviços do Reclamante.

Conheço, pois, do recurso de revista, por má aplicação da Súmula nº 331, V, do TST.

2. MÉRITO

2.1. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL PARA ATENDIMENTO DA NECESSIDADE DE MORADIA DA POPULAÇÃO DE BAIXA RENDA. OPERACIONALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA

A segunda Reclamada (CEF) foi condenada a responder, de forma subsidiária, pelo adimplemento das parcelas trabalhistas deferidas ao Reclamante.

O Tribunal Regional entendeu que *"foi atribuída à CEF a responsabilidade de operacionalizar o programa de construção de moradias populares do 'Programa Minha Casa Minha Vida' nos seus diversos aspectos, estabelecendo, pois, critérios técnicos para aquisição e alienação dos imóveis, construção, contratação das construtoras sem as formalidades da Lei de Licitações, sendo que, também nos termos do contrato, ficou encarregada de fiscalizar terceiros no âmbito do cumprimento do Programa, inclusive, no tocante à satisfação das obrigações trabalhistas dos empregados das empresas contratadas para executar as obras"*. Constatou que *"a CEF foi negligente e não procedeu com o dever de cautela ao efetuar os repasses das parcelas dos pagamentos do contrato sem que a Construtora tivesse cumpri-*

do a legislação do trabalho". Por esse motivo, entendeu que *"não pode se socorrer, a 2ª reclamada, do disposto no art. 71, nem pode invocar a condição de simples dona da obra, ou seja, de modo algum, incide na hipótese a OJ 191 do C. TST"*.

A jurisprudência desta Corte Superior está pacificada no sentido de que não há responsabilidade, quer solidária quer subsidiária, do dono da obra por débitos trabalhistas contraídos pelo empreiteiro. Nesse sentido a Orientação Jurisprudencial nº 191 da SBDI-1 desta Corte Superior:

"DONO DA OBRA. RESPONSABILIDADE.

Diante da inexistência de previsão legal, o contrato de empreitada entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa construtora ou incorporadora".

Noutro giro, esta Corte Superior tem se manifestado no sentido de que a *Caixa Econômica Federal – CEF* não pode ser responsabilizada pelo inadimplemento das verbas trabalhistas, nos casos de construção de casas de baixo custo pela União, mediante a utilização do Fundo de Arrendamento Residencial, instituído pela Lei nº 10.188/2001.

Isso porque a referida Lei atribuiu à CEF a criação e o gerenciamento do programa social *"Minha casa minha vida"*, caben-

do a esse banco público “*criar um fundo financeiro privado com o fim exclusivo de segregação patrimonial e contábil dos haveres financeiros e imobiliários destinados ao Programa*”, nos termos do art. 2º da Lei nº 10.188/2001.

O que se observa, portanto, é que a *Caixa Econômica Federal* não é construtora ou incorporadora, mas, sim, atua no financiamento das moradias a pessoas de baixa renda que se enquadrem nos requisitos do programa. Portanto, não cabe à CEF a responsabilidade subsidiária pelo pagamento das verbas salariais deferidas ao Reclamante.

Os seguintes precedentes ilustram esse entendimento:

“RECURSO DE REVISTA. LEI N.º 13.015/2014. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL - “MINHA CASA MINHA VIDA” - Prevalece o entendimento, nesta Corte Superior, de que, na hipótese da Lei 10.188/2001, que criou o Programa de Arrendamento Residencial, regulando a construção e venda de moradias a pessoas de baixa renda envolvendo a União, não resulta configurada a responsabilidade subsidiária da CEF, quando apenas operacionaliza obra, na qual o empregado é contratado pela construtora civil para trabalhar em imóvel do citado programa. Entende-se que a situação não se confunde com a de terceirização, da Súmula nº 331 do TST, pois a

CEF atua apenas como gestora operacional do referido Programa. Com ressalva de entendimento do Relator. Recurso de Revista conhecido e provido” (RR - 1245-84.2013.5.04.0024, Relator Desembargador Convocado Marcelo Lamego Pertence, **1ª Turma**, DEJT 28/08/2015).

“RECURSO DE REVISTA. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL PARA ATENDIMENTO DA NECESSIDADE DE MORADIA DA POPULAÇÃO DE BAIXA RENDA. OPERACIONALIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N.º 331, IV, DO TST. Coube à CEF, por força da Lei n.º 10.188/01, operacionalizar o Programa de Arrendamento Residencial para atendimento da necessidade de moradia da população de baixa renda. Para a consecução de tal empreendimento, assegurou-se um fundo financeiro específico, cuja criação e gerenciamento ficaram a cargo da CEF, totalmente dissociado de seu patrimônio. A referida lei ainda dispensou a CEF das disposições específicas da lei geral de licitação, quando da implementação de seus misteres relativos à aquisição, construção, recuperação, arrendamento e venda de imóveis. Exsurge desse contexto a ilação de que a hipótese vertente não se identifica com a do tomador de serviço, a que se refere a Súmula n.º 331, IV, desta Corte Uniformizadora. Não se trata, pois, de terceirização de mão de obra levada a efeito pela Administração Direta ou Indireta, para

atingir alguma finalidade volta-da para si mesma. Daí por que a impossibilidade de se atribuir à CEF a responsabilidade subsidiária pelo pagamento de créditos trabalhistas não adimplidos pelas empresas contratadas para a realização do programa instituído pelo Governo Federal. Mutatis mutandis, a hipótese guarda semelhança com a prevista na Orientação Jurisprudencial Transitória n.º 66 da SBDI-1. Neste contexto, sem razão o Recorrente, pois a decisão do Regional se coaduna com o entendimento cediço desta Corte. Óbice do art. 896, § 7.º, da CLT e da Súmula n.º 333 do TST. Precedentes. Recurso de Revista não conhecido” (RR - 1245-66.2012.5.04.0009, Relatora Ministra Maria de Assis Calsing, **4ª Turma**, DEJT 19/06/2015).

“RECURSO DE REVISTA - CEF - FUNDO DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL - PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - DESCABIMENTO. Coube à Caixa Econômica, por força da Lei n.º 10.188/2001, operacionalizar o Programa de Arrendamento Residencial para suprir a necessidade de moradia da população de baixa renda. Para viabilizar esse programa, assegurou-se um fundo financeiro específico (Fundo de Arrendamento Residencial- FAR), cuja criação e gerenciamento ficaram a cargo da CEF, totalmente dissociado de seu patrimônio. Logo, a CEF e o FAR não podem ser responsabilizados subsidiariamente pelo pagamento de créditos trabalhistas não adimplidos pelas empresas constru-

toras integrantes do Programa de Arrendamento Residencial. Não se trata de terceirização de mão de obra e a CEF ou o FAR efetivamente não foram tomadores dos serviços prestados pela reclamante. Inaplicável ao caso a Súmula n.º 331, IV e V, do TST. Recurso de revista conhecido e provido” (RR - 121300-71.2013.5.17.0131, Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, **7ª Turma**, DEJT 18/09/2015).

“RECURSO DE REVISTA - FAR - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - FUNDO DE ARRENDAMENTO HABITACIONAL INSTITUÍDO PELA LEI N.º 10.188/2001 - PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA. De acordo com o art. 1º, § 1º, da Lei n.º 10.188/2001, à CEF foi imputada a responsabilidade pela operacionalização do Programa de Arrendamento, cabendo a ela adquirir uma área de terra para a viabilização da construção das moradias e contratar empresa para a execução do projeto. Não há como reconhecer a terceirização de mão de obra, porquanto a Caixa Econômica e o FAR - FUNDO DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL não se beneficiaram do trabalho prestado pelo Empregado contratado pela Empresa prestadora de serviços, atuando como mera gestora dos recursos direcionados à construção de moradias populares. Recurso de Revista conhecido e provido” (RR - 105500-03.2013.5.17.0131, Relatora Ministra Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, **8ª Turma**, DEJT 04/09/2015).

Nesse contexto, a *Caixa Econômica Federal* não pode ser responsabilizado subsidiariamente pela dívida trabalhista do construtor, pois ela nunca foi tomadora dos serviços do Reclamante.

Ante o exposto, **dou provimento** ao recurso de revista, para julgar improcedente o pedido de responsabilização subsidiária da segunda Reclamada (CEF) pelo adimplemento das parcelas trabalhistas deferidas ao Reclamante e, assim, extinguir o feito, com resolução de mérito, relativamente à Recorrente, nos termos do art. 269, I, do CPC.

ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, à unanimidade, **conhecer** do recurso de revista interposto pela **segunda Reclamada (Caixa Econômica Federal – CEF)** quanto ao tema “*Caixa Econômica Federal. Programa de Arrendamento Residencial*

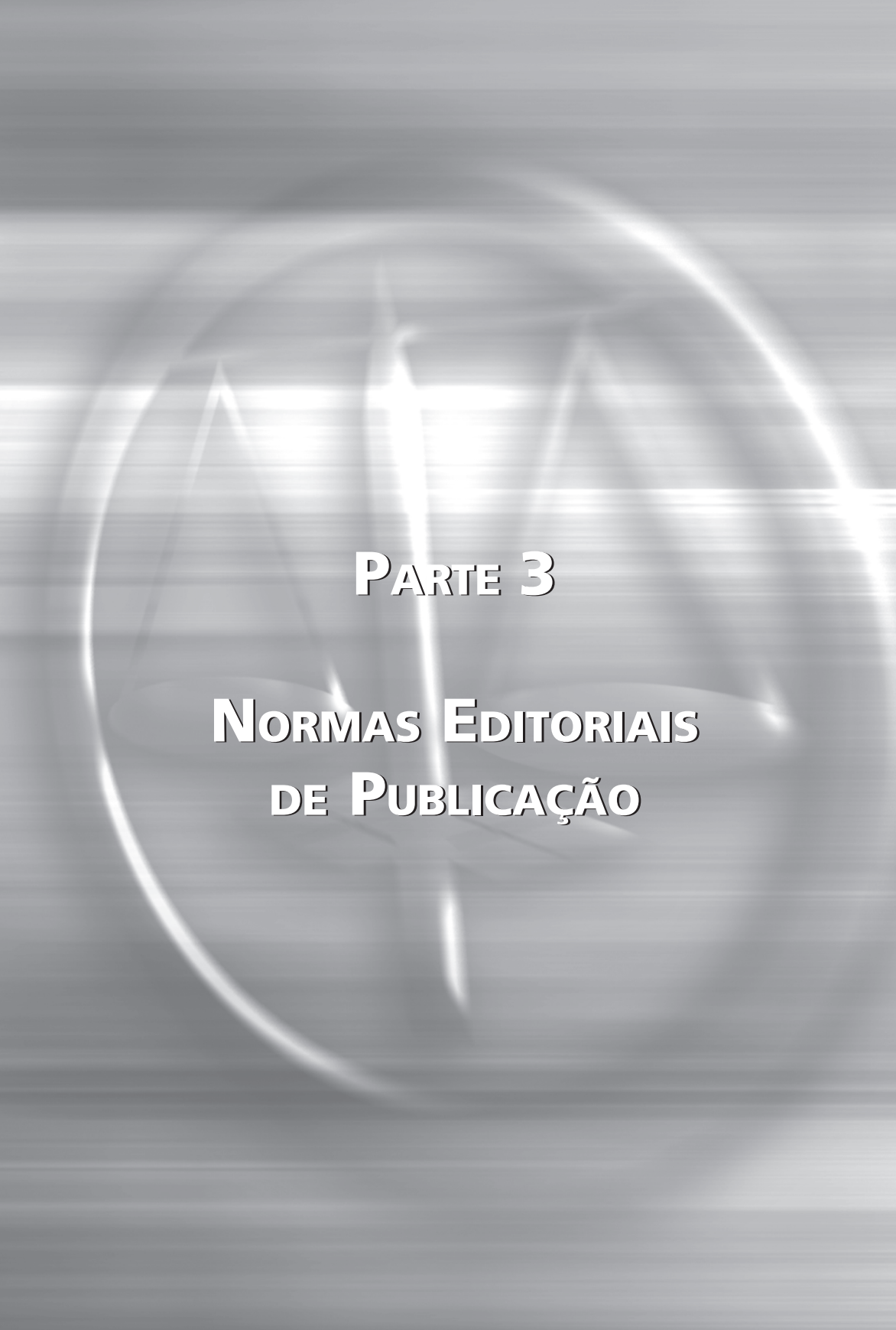
para atendimento da necessidade de moradia da população de baixa renda. Operacionalização. Responsabilidade subsidiária”, por contrariedade à Súmula nº 331, V, do TST, e, **no mérito**, dar-lhe provimento, para julgar improcedente o pedido de responsabilização subsidiária da segunda Reclamada (CEF) pelo adimplemento das parcelas trabalhistas deferidas ao Reclamante e, assim, extinguir o feito, com resolução de mérito, relativamente à Recorrente, nos termos do art. 269, I, do CPC.

Custas processuais inalteradas quanto ao valor e quanto à responsabilidade pelo pagamento, exceto com relação à segunda Reclamada (CEF), que fica exonerada de tal ônus.

Brasília, 9 de Dezembro de 2015.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001).

CILENE FERREIRA AMARO SANTOS, Desembargadora Convocada Relatora.



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, Sala 510 e 511

Ed. João Carlos Saad - Fone (61) 3224-3020

E-mail: revista@advocef.org.br

****O envio eletrônico do documento pelo e-mail pessoal do autor substitui a assinatura física da carta de encaminhamento.**

