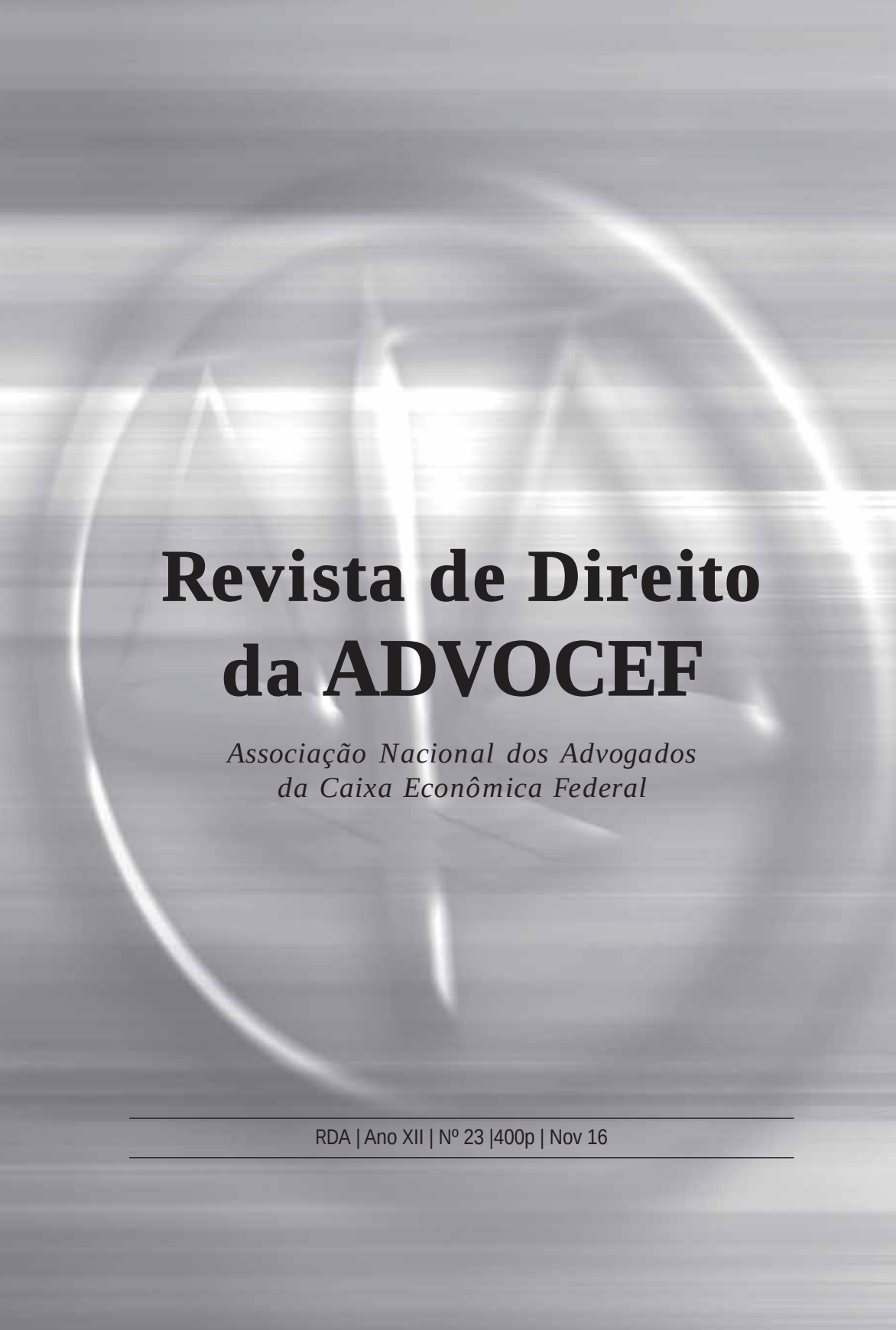


Advocet

ANO XII - Nº 23 - NOV | 16

REVISTA DE DIREITO

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS ADVOGADOS
DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL



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.23, 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/RS)

Vice-Presidente

Marcelo Dutra Victor (Belo Horizonte/MG)

1ª Tesoureira

Roberta Mariana Corrêa (Porto Alegre/RS)

2º Tesoureiro

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

1º Secretário

Magdiel Jeus Gomes Araújo (João Pessoa/PB)

2º Secretário

Justiniano Dias da Silva Júnior (Recife/PE)

Diretor de Relacionamento Institucional

Carlos Alberto Regueira Castro e Silva (Recife/PE)

Diretor de Comunicação Social e Eventos

Henrique Chagas (Presidente Prudente/SP)

Diretor de Honorários

Marcelo Quevedo do Amaral (Novo Hamburgo/RS)

Diretora de Negociação Coletiva

Anna Claudia de Vasconcellos (Florianópolis/SC)

Diretor de Prerrogativas

Marcos Nogueira Barcellos (Rio de Janeiro/RJ)

Diretor Jurídico

Renato Luiz Harmi Hino (Curitiba/PR)

Diretor Social

José de Anchieta Bandeira Moreira Filho (Belém/PA)

CONSELHO EXECUTIVO DA REVISTA

Álvaro Sérgio Weiler Júnior

Henrique Chagas

Roberto Maia

CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA

Alaim Giovani Fortes Stefanello

Doutor em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas - UEA/AM 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 - NEV/USP. Mestre em Programa de Pós-Graduação em Integração da América pela Universidade de São Paulo - USP.

Luiz Guilherme Pennacchi Dellore

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

Manuel Munhoz Caleiro

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

Roberto Di Benedetto

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

Vera Regina Hippler

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

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)
Octavio Caio Mora Y Araujo de Couto e Silva (Rio de Janeiro)
Luiz Fernando Padilha (Rio de Janeiro)
Maria Rosa de Carvalho Leite Neta (Fortaleza)
Luiz Fernando Schmidt (Aposentado/Goiânia)
Fernando da Silva Abs da Cruz (Porto Alegre)
Marta Bufaiçal Rosa (Aposentada/Brasília)

Membros Suplentes

Elton Nobre de Oliveira (Rio de Janeiro)
Aline Lisboa Naves Guimarães (DIJUR/SUAJU)
Luís Gustavo Franco (Porto Alegre)

CONSELHO FISCAL

Membros Efetivos

Cleucimar Valente Firmiano (Campinas)
Rogério Rubim de Miranda Magalhães (Belo Horizonte)
Melissa dos Santos Pinheiro (Porto Velho)

Membros Suplentes

Rodrigo Trassi de Araújo (Bauru)
Edson Pereira da Silva (DIJUR/GETEN)

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

PARTE 1 – ARTIGOS

O caso de Mariana à luz da teoria da vulnerabilidade social	
<i>Ana Paula Gonzatti da Silva</i>	<i>13</i>
Atividade econômica e serviços públicos na Lei 13.303/16 à luz da doutrina de Eros Grau	
<i>Gustavo Madureira Fonseca e Juliana Fabião Barbeito de Vasconcellos</i>	<i>35</i>
O processo civil e os mecanismos de pacificação social em massa	
<i>Wlademir Roberto Vieira Junior e Ruy Alves Henriques Filho</i>	<i>55</i>
O cumprimento de sentença por quantia certa: a nova relação com o trânsito em julgado e a necessidade do requerimento do vencedor	
<i>Vinicius Silva Lemos e Juliana Dal Molin de Oliveira Lemos</i>	<i>81</i>
Caixa Econômica Federal: função social e atribuições na execução de políticas públicas e do Orçamento Geral da União	
<i>Marcelo Quevedo do Amaral</i>	<i>105</i>
A incentivização no Direito do Trabalho: participação nos lucros e resultados e utilidades de caráter não salarial	
<i>Larissa Toledo Costa</i>	<i>165</i>
A exigência de certificação ISO em licitações	
<i>Alexandre Santos Sampaio</i>	<i>181</i>
A Advocacia em Estatais e o Novo Código de Ética e Disciplina da OAB	
<i>Élida Fabrícia Oliveira Machado Franklin</i>	<i>201</i>
A dispensa de empregados nas empresas estatais	
<i>Guilherme Bohrer Lopes Cunha</i>	<i>213</i>

Tutela de urgência: breves considerações sobre o Novo Código de Processo Civil e o de 1973	
<i>Mariel Mayer Pilarski</i>	<i>231</i>
Transformação, incorporação, fusão e cisão de empresas - Aspectos societários e tributários	
<i>Antonio Vieira Sias</i>	<i>253</i>
Desvendando a alienação fiduciária de bem imóvel. Anotações e provocações a respeito da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, do recebimento da dívida após o decurso da mora e da quitação mútua no negócio fiduciário	
<i>Mauro Antônio Rocha</i>	<i>279</i>
Multipropriedade: caracterização como um direito pessoal ou um direito real?	
<i>Cynthia Moreira Álvares</i>	<i>305</i>
A execução de crédito fiscal contra empresa em recuperação judicial: uma análise sobre a aplicabilidade de atos executórios contra empresa recuperanda	
<i>Cíntia Tamara Araújo da Silva.....</i>	<i>337</i>

PARTE 2 – JURISPRUDÊNCIA

Superior Tribunal de Justiça	
<i>Recurso em Habeas Corpus. Dispensa de licitação fora das hipóteses previstas em lei. Elemento subjetivo especial. Intenção de lesar o patrimônio público. Efetivo prejuízo ao erário. Dolo específico não indicado</i>	<i>375</i>
Tribunal Superior do Trabalho	
<i>Recurso ordinário em mandado de segurança. Penhora incidente sobre plano de previdência privada. Ilegalidade. Direito de impenhorabilidade</i>	<i>385</i>

PARTE 3 – NORMAS EDITORIAIS DE PUBLICAÇÃO 393

APRESENTAÇÃO

No ano de 2005 foi lançada a primeira Revista de Direito da ADVOCEF no Congresso de Belo Horizonte. Decorridos 11 anos, chegamos agora na 23ª edição publicada de forma ininterrupta. O periódico consolidou-se tanto como um relevante instrumento de divulgação das pesquisas jurídicas dos(as) advogados(as) da CAIXA, como também uma importante opção de publicação na área jurídica para os autores oriundos de diversas instituições, a exemplo da presente edição, na qual a maioria dos colaboradores é de agremiações externas.

De igual forma, o Conselho Editorial está sendo ampliado, recebendo, a partir deste exemplar, a colaboração externa dos professores Roberto Di Benedetto e Manuel Caleiro, ambos com profundo vínculo científico jurídico, que irão contribuir para o aperfeiçoamento do periódico.

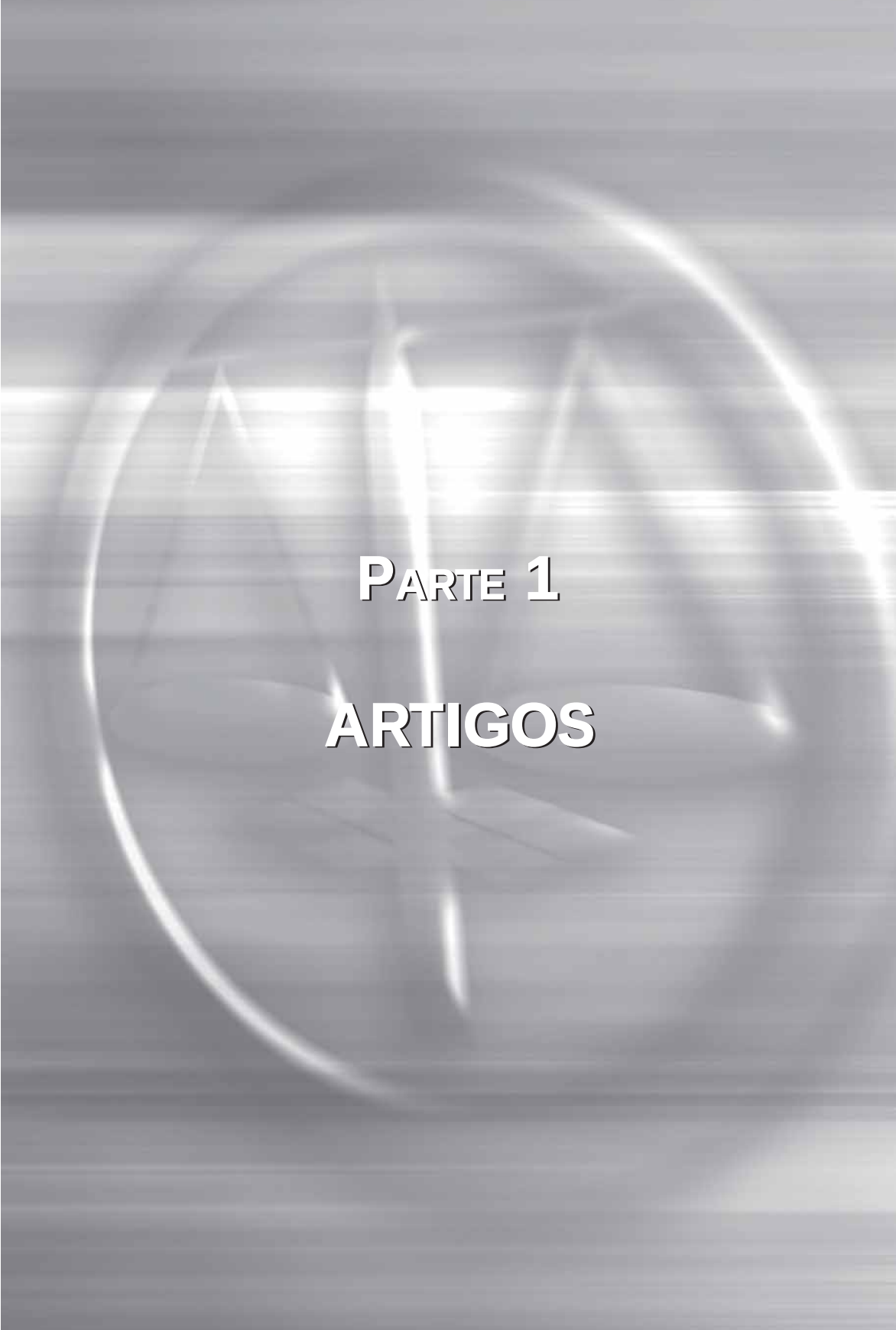
A riqueza temática da 23ª edição mostra o vigor da Revista de Direito da ADVOCEF e a variedade de temas que a advocacia da CAIXA enfrenta. Assim tem sido o caminhar cuja trajetória, que já superou uma década, pode acompanhar de forma privilegiada por ter sido um dos idealizadores desse projeto exitoso.

Tão importante quanto ampliar e renovar o Conselho Editorial para evoluirmos rumo a outras décadas de existência com solidez e dinamicidade é o fato de alternância na Presidência do referido Conselho, que ora ocupo honrosamente. Tais rodízios abrem espaço para que outros colegas emprestem seus talentos e tempo para conduzir a Revista e alçar novos patamares.

Desta forma, na oportunidade de apresentar a 23ª Edição da Revista de Direito da ADVOCEF, aproveito o ensejo para agradecer aos colegas de Conselho pela colaboração na condução coletiva desse projeto jurídico científico, bem como agradecer ao Presidente da Associação pela confiança depositada, tendo certeza de que o próximo a conduzir os trabalhos contará com o apoio irrestrito de todos para que possamos continuar apresentando excelentes publicações ao mundo jurídico!

Muito obrigado e forte abraço!

Alaim Giovani Fortes Stefanello
Presidente do Conselho Editorial



PARTE 1

ARTIGOS

O caso de Mariana à luz da teoria da vulnerabilidade social

Ana Paula Gonzatti da Silva

Advogada

*Doutoranda em Ciências Jurídico-Criminais pela
Faculdade de Direito da Universidade
de Coimbra (FDUC)*

*Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela FDUC
Especialista em Direito Penal Econômico e Europeu pela
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Pesquisadora visitante nas Universidades de
Bolonha (Itália) e Göttingen (Alemanha)
Graduada pela Universidade Federal do
Rio Grande do Sul*

RESUMO

O presente estudo teve como tema central a análise do caso de Mariana (estouro da barragem do Fundão) à luz da teoria da vulnerabilidade social. Metodologicamente, realizou-se um estudo teórico quanto ao enfoque; bibliográfico e documental, quanto à forma de coleta de dados; de natureza investigativa, quanto à essência do produto final. A técnica utilizada para análise dos dados colhidos foi a dedutiva.

Palavras-chave: Vulnerabilidade social. Caso de Mariana - MG. Vulnerabilidade. Barragem do Fundão.

RESUMEN

El presente estudio tiene como tema principal el análisis del caso de Mariana (la ruptura de la presa “Fundão”) a la luz de la teoría de la vulnerabilidad social. Metodológicamente, se realizó un estudio teórico con respecto al enfoque; bibliográfico y documental, relativamente a la recogida los datos; de naturaleza investigativa, con respecto a la naturaleza del producto final.

Palabras clave: Vulnerabilidad social. El caso Mariana - MG. Vulnerabilidad. Presa “Fundão”.

Introdução

No dia 5 de novembro de 2015, o Brasil assistiu atônito ao maior desastre ambiental de sua história. Um verdadeiro tsunami

de lama (com aproximadamente 62 milhões de metros cúbicos) devastou por completo o distrito de Bento Rodrigues, na linda cidade de Mariana.¹ A tragédia foi causada pelo rompimento de uma barragem de rejeitos (resíduos resultantes da mineração de ferro).

Em virtude da consequente contaminação da bacia hidrográfica do vale do Rio Doce (uma das mais importantes do país), os efeitos logo se estenderam por uma longa faixa territorial, comprometendo gravemente a fauna, a flora e a economia dos estados de Minas Gerais e Espírito Santo e indiretamente a vida de milhares de pessoas.

Referida realidade tem desencadeado variados debates, quase sempre com natureza multidisciplinar. O Brasil conta atualmente com cerca de 800 barragens similares às que se romperam e as preocupações após o drama vivido ganharam uma dimensão nunca vista anteriormente.

Dentre a enorme gama temática relacionada ao tema, interessa-nos, para fins deste estudo, a análise do caso à luz da teoria da “vulnerabilidade social”. Estabelecer as conexões entre a doutrina e os fatos ocorridos parece-nos tarefa muito útil, posto que a reflexão aprofundada desses aspectos pode colaborar para a determinação de direitos, de deveres e de práticas mais adequadas. Ademais, há na delimitação proposta um caráter didático-educativo. A relação entre a exposição ao risco e a capacidade de resposta da população é, sem dúvida, assunto que merece ser colocado no centro das atenções, justificando, portanto, a apresentação de um trabalho desta natureza no contexto acadêmico.

Para que o presente artigo atinja seus objetivos, seguiremos os seguintes passos: a) apresentação da teoria da “vulnerabilidade”, com ênfase na sua vertente social; b) detalhamento e enquadramento da “tragédia de Mariana” à luz da teoria da vulnerabilidade social.

Metodologicamente, realizou-se um estudo de caso com análise: a) teórica quanto ao enfoque; b) bibliográfica e documental quanto à forma de coleta de dados; c) investigativa quanto ao produto final. A técnica utilizada para interpretação dos dados colhidos foi a dedutiva.

¹ A região originalmente afetada tem grande importância histórica. O vilarejo de Bento Rodrigues faz parte da famosa rota “Estrada Real” e conta com relevantes igrejas e monumentos culturais.

1 Vulnerabilidade

1.1 Aspectos gerais

A vulnerabilidade tem origem na palavra *vulnus*.² O vocábulo foi utilizado inicialmente na linguagem médica, significando a luta do indivíduo contra lesões ou doenças físicas (MELKEVIK, 2005, p. 6).

Sem dúvida, a vulnerabilidade é uma marca indelével do homem, vivenciada por nós desde a concepção (BISCAIA, 2006, p. 297), de modo que prescindir da vulnerabilidade seria para o ser humano como saltar sobre a sua própria sombra (SARTEA, 2012, p. 46). O corpo humano e o espírito que o anima são vulneráveis face às diversas agressões a que estão sujeitos (CARVALHO, 2008, p. 7), necessitando, por isso, de cuidados.³ Em sentido *lato*, portanto, a vulnerabilidade é um elemento da condição humana (LOUREIRO, 2003, p. 37).

Todavia, do ponto de vista ético e jurídico – introduzido principalmente por meio dos trabalhos filosóficos de Emmanuel

² Nesse sentido, Renaud (2008, p. 16) lembra que “a vulnerabilidade evoca o <<*vulnus*>>, a ferida; mas a ferida, pelo menos de modo simbólico, evoca por sua vez a abertura, sangrenta, dolorosa e sofrida. Ela faz parte do sofrer, o qual aparece como a vertente ligada ao agir. Agir e sofrer, atividade e passividade delineiam assim a estrutura de base da reflexão sobre a vulnerabilidade. A compreensão desta estrutura conceptual joga sobre o duplo sentido do <<*sofrer*>>, indicando conjuntamente a *receptividade* que aparece como o reverso da iniciativa e, por outro lado, o *sofrimento* que sublinha o seu carácter penoso. Assim, a vulnerabilidade pode ser ferida e sofrimento enquanto exposta a uma passividade e a uma receptividade não susceptível de ser inteiramente transformada em acção”.

³ Para Kant, o homem é a único ser que necessita de ser educado e de cuidados especiais, o que nos leva a compreender a vulnerabilidade humana. Segundo o filósofo, “o homem é a única criatura que tem de ser educada. Por educação compreendemos os cuidados (alimentação, subsistência), disciplina e instrução juntamente com a formação. Por conseguinte, o homem é bebé – educando – formando. Os animais utilizam as suas forças de modo regular logo que as têm, quer dizer, de modo a não serem prejudiciais a si próprios. É, com efeito, digno de admiração ver como as crias das andorinhas, mal se arrastando para fora do ovo e ainda cegas, nem por isso deixam de saber fazer excrementos cair fora do ninho. Os animais não precisam, por isso, de cuidados, quando muito de alimento, calor e orientação, ou de uma certa proteção. A maioria dos animais necessita de alimentação, mas não de cuidados. Por cuidados entende-se a providência dos pais para que as crias não façam um uso prejudicial das suas forças. Se um animal, por exemplo, gritasse ao vir ao mundo, como as crianças o fazem, tornar-se-ia fatalmente presa dos lobos e de outros animais selvagens atraídos pelos seus gritos” (KANT, 2012, p. 9).

Levinas, Hans Jonas e Jürgen Habermas nas últimas décadas do século passado –, a ideia de vulnerabilidade na maioria das vezes não é apenas uma descrição neutra da condição humana, mas sim uma prescrição normativa para cuidarmos da vulnerabilidade (sob distintos prismas) que caracteriza os seres humanos que vivem no mundo moderno tecnológico (KEMP, 2000, p. 21).

Importante distinguir, desse modo,

[...] a mera vulnerabilidade – condição ontológica de qualquer ser vivo e, portanto, característica universal que não pode ser protegida – da suscetibilidade ou vulnerabilidade secundária (por oposição à vulnerabilidade em geral)” (SCHRAMM, 2008, p. 20).

Buscando uma terminologia mais precisa, Loureiro (1999) prefere denominar como fragilidade a vulnerabilidade primária.⁴

Cuter (2011, p. 60) define a vulnerabilidade como o potencial para a perda: quem não tem nada próprio não tem nada a perder e nada a defender (RENAUD, 2000, p. 71). Nesse sentido, ela será proporcional às potencialidades que são expostas a um determinado perigo; quanto maior a potencialidade, maior a vulnerabilidade (RENAUD, 2008, p. 10). Mas essa potencialidade deve ter como referencial o sujeito que se encontra nessa situação. Assim, por exemplo, se Bill Gates perder uma casa no valor de 10 milhões de dólares, tendo em conta o seu conjunto patrimonial, isso não tem o mesmo efeito do que para um sujei-

⁴ Aduz o autor que “it is important to distinguish between vulnerability as a trait of the human condition – which we prefer to name as fragility – and the special attention to groups or persons that, in an accidental or essential way, are particularly susceptible of being affected and require special consideration” (LOUREIRO, 1999, p. 577-578).

⁵ Convém lembrar que “in general the poor suffer more from hazards than do the rich. Although vulnerability cannot be read directly off from poverty, the two are often very highly correlated. The key point is that even a straightforward analysis on the basis of poverty and wealth as determinants of vulnerability illustrates the significance we want to attach to social forms of disaster explanation. For example, heavy rainfall may wash away the homes in wealthy hillside residential areas of California, such as Topanga Canyon (in greater Los Angeles) or the Oakland–Berkeley hills (near San Francisco), just as it does those of the poor in Rio de Janeiro (Brazil) or Caracas (Venezuela). There are three important differences, however, between the vulnerability of the rich and the poor in such cases. [...] Money can buy design and engineering that minimises (but of course does not eliminate) the frequency of such events for the rich, even if they are living on an exposed

to que mora em uma favela no Rio de Janeiro e perde a sua casa avaliada em 5 mil dólares, que era todo o seu patrimônio, devido a um deslizamento de terra.⁵

Justamente por isso, como bem lembra Melkevik (2005, p. 6, tradução nossa):

[...] o termo é usado para se qualificar um ser em uma situação ou posição. É a ocorrência de uma situação ou posição singular ou coletiva que faz este ser mais frágil daquilo que ele é ou daquilo que ele normalmente deveria ser.

Portanto, a vulnerabilidade é um estado em si.⁶ Um sujeito ou um grupo de sujeitos possui uma especial situação de fragilidade (fragilidade acrescida) (LOUREIRO, 2014, p. 75).

Uma situação de vulnerabilidade do indivíduo manifesta-se através do afastamento (total ou parcial) de sua autonomia (MELKEVIK, 2005, p. 10-11). Ele passa a ter de se comportar de acordo com normas heterônomas. A própria contingência da pessoa ou do grupo vulnerável impede ou diminui a possibili-

slope. Secondly, living in the hazardous canyon environment is a choice made by some of the rich in California, but not by the poor Brazilian or Philippine job seekers who live in hillside slums or on the edge of waste dumps. [...] Thirdly, the consequences of a landslide for the rich are far less severe than for the surviving poor. The homes and possessions of the rich are usually insured, and they can more easily find alternative shelter and continue with income-earning activities after the hazard impact" (WISNER et al., 2003, p. 12-13). Em sentido convergente, conforme Alexander (2011, p. 10), "ainda que a pobreza e a vulnerabilidade a desastres não sejam completamente equivalentes, estão intimamente relacionadas e, inversamente, a riqueza equivale geralmente a maior proteção e segurança. No entanto, este simples equilíbrio não reduz o potencial de perdas financeiras maciças em áreas em que tanto perigos como o capital físico estão fortemente concentrados" (ALEXANDER, 2011, p. 10).

⁶ Fiechter-Boulevard (2000, p. 15) aduz que, em virtude de a vulnerabilidade ser um estado em si, não necessita de uma análise comparativa, distinguindo-se da desigualdade, nos seguintes termos: "C'est ce qui fait la différence entre la vulnérabilité et l'inégalité, deux notions que l'on serait tenté de rapprocher. Il semble pourtant qu'elles ne sauraient être confondues. La première est chargée de subjectivisme alors que la seconde est objective. «Le terme égalité implique division et partage», et l'inégalité s'apprécie par comparaison. La vulnérabilité ne suppose pas nécessairement une analyse comparative. La confrontation permet l'expression d'un état préexistant. En revanche, et cela malgré les difficultés qu'il y a à la définir, l'inégalité n'apparaît que dans la comparaison, elle n'est pas un état en soi". Em igual sentido, Marques (2006, p. 320-321) entende que, embora a vulnerabilidade descenda do princípio da igualdade, ela, diferentemente de sua matriz, pode prescindir da comparação entre sujeitos e situações.

dade de exercício de seus direitos (BARBOZA, 2009, p. 114) e de sua autonomia, implicando uma necessidade acrescida de proteção (LOUREIRO, 2014, p. 76), sem que isso signifique a vitimização desnecessária dos vulneráveis nem a negação do seu poder de escolha e de atuação (BARA, 2010, p. 6).

Nesse sentido, é necessária a identificação dos indivíduos em situação de vulnerabilidade (vulnerados) a fim de fornecer uma proteção adequada (e necessária), de maneira que eles possam desenvolver as suas potencialidades e sair da condição dessa posição (SCHRAMM, 2008, p. 20).

Com o decorrer dos anos, passou-se a estudar a vulnerabilidade sob distintas óticas. A verdade é que esse vocábulo, como bem lembram Rendtorff e Kemp (2000, p. 46-47), possui atualmente diferentes acepções, requerendo, portanto, cuidadosas distinções entre o seu sentido ontológico (finitude da condição humana), fenomenológico (receptividade pessoal), natural (fragilidade e impossibilidade de substituição da natureza), médico (fragilidade da vida dos pacientes), cultural (fragilidade das tradições e dos costumes sociais) e social (vulnerabilidade de grupos particulares e das pessoas menos favorecidas na sociedade). Por conseguinte, é fundamental a distinção entre os diferentes aspectos da vulnerabilidade (RENDTORFF; KEMP, 2000, p. 164). Como no presente trabalho analisaremos, sem a pretensão de esgotar o tema, a vulnerabilidade social evidenciada no chamado “caso Mariana”, importa traçar uma conceituação do termo nessa acepção.

1.2 Vulnerabilidade social

O conceito de vulnerabilidade social atrelada ao risco passou a ser utilizado a partir das décadas de 1970, 1980 (BARA, 2010, p. 4). A vulnerabilidade social, conforme Mendes et al. (2011, p. 96) está relacionada “ao grau de exposição aos perigos naturais e tecnológicos e aos acontecimentos extremos, dependendo estreitamente da capacidade de resistência e de resiliência dos indivíduos e das comunidades mais afetadas”. Portanto, três fatores compõem-na: a exposição a um risco (vertente externa ao sujeito vulnerável), a suscetibilidade a esse risco (vertente interna do sujeito vulnerável) e a capacidade de resposta a ele (BIRKMANN et al., 2011, p. 133).

Fekete (2010, p. 32) descreve sinteticamente esses três elementos nos seguintes termos:

Exposure is the measure of susceptible elements within a region threatened by a hazard. The exposure

potential is the predisposition of a region due to the portfolio of its physical assets. Susceptibility describes the characteristics that render persons or groups of people generally weak or negatively constituted against stresses and threats. Capacities are positive characteristics that comprise all phases of the disaster cycle, from preparedness, response or coping during the disaster, and recovery and adaptation after the disaster.

Relaciona-se, assim, com a “predisposição que um dado grupo tem para ser afectado, em termos físicos, econômicos, políticos ou sociais, no caso da ocorrência de um processo ou acção desestruturante de origem natural ou antrópica” (MENDES; TAVARES, 2011, p. 6), ou seja, qual a sua capacidade de resiliência quando exposto a um risco.

Como explica Bara (2010, p. 6), o conceito de resiliência (emprestado da literatura sobre a estabilidade do ecossistema⁷) é utilizado para designar a rápida capacidade de resposta e de recuperação de uma sociedade diante de eventos catastróficos (originados de possíveis riscos). A resiliência, assim, guarda referência aos processos de adaptação capazes de conservar as propriedades básicas do sistema perante impactos e variações do meio (PORTO, 2011, p. 39). Nesse sentido, as populações são vulneráveis não apenas pela condição humana (que é vulnerável), mas porque adquiriram essa condição tendo em vista fatores criados pelo próprio homem (provocados, por exemplo, pela biotecnologia, pelo racismo, pela poluição) (RENDTORFF; KEMP, 2000, p. 53) ou fatores naturais, como terremotos ou tsunamis. São esses elementos que colocarão determinadas pessoas em uma situação de vulnerabilidade.

Os grupos populacionais mais vulneráveis, desse modo, são aqueles que possuem menor capacidade de gerenciamento dos

⁷ Em sentido divergente, Alexander (2011, p. 11) aduz que “há quem pense que a palavra ‘resiliência’ provém dos estudos ecológicos sobre a sobrevivência das espécies (Adger, 2000), quando na verdade teve a sua origem há cerca de um século nos ensaios da mecânica dos materiais. Um material resiliente tem uma combinação ótima de rigidez – o que lhe permite resistir a uma força aplicada – e de flexibilidade – o que lhe permite absorver a força a que não consegue resistir. O seu ponto de ruptura ocorre a um nível bastante elevado de força aplicada (Avallone *et al.*, 2007). Por analogia, a sociedade tem necessidade de desenvolver a capacidade de resistir às forças que causam desastres e de as absorver (ou seja, de se lhes adaptar). A resiliência social implica a reserva de fundos para futuras contingências e também a preparação para resistir a choques futuros (Mayena, 2006)”.

riscos a que estão expostos, devido a limitações socioeconômicas, culturais, políticas ou físicas (BARA, 2010, p. 6). As suas possibilidades de escolha são mais restritas (BARA, 2010, p. 6), o que implica uma menor autonomia.

Existem dois tipos de vulnerabilidade social: a patrimonial e a pessoal (ARAGÃO, 2011, p. 72). Segundo Aragão (2011, p. 72),

A vulnerabilidade patrimonial ocorre em edifícios ou equipamentos com importância estratégica, cujas estruturas podem colapsar em caso de catástrofe (como quartéis de bombeiros ou hospitais). Já a vulnerabilidade pessoal refere-se a pessoas cuja fragilidade intrínseca (cidadãos idosos, doentes ou deficientes) ou extrínseca (desempregados, sem-abrigos, estrangeiros) os torna mais débeis perante situações de catástrofe.

Na maioria das vezes não há somente uma vulnerabilidade social, mas várias, sendo que elas costumam ser cumulativas (ARAGÃO, 2011, p. 87).

Importa dizer que existem duas categorias de apreciação da vulnerabilidade: *a priori* e *a posteriori* (FIECHTER-BOULVARD, 2000, p. 17). Na primeira, o sujeito vulnerável ainda não sofreu o dano, mas há o risco de ocorrência, porquanto há um estado prévio de vulnerabilidade (FIECHTER-BOULVARD, 2000, p. 17). Na segunda, o componente risco (elemento constitutivo da vulnerabilidade) já se tornou realidade; fragilizado por um particular estado, aquele que sofre dano vê a concretização de uma situação preexistente. Deve-se lembrar que não é qualquer dano, mas somente aquele que guarda relação com a vulnerabilidade preexistente (FIECHTER-BOULVARD, 2000, p. 20). O dano, portanto, funciona como a prova de uma situação preexistente de vulnerabilidade (FIECHTER-BOULVARD, 2000, p. 20).

Desde o final da década de 1970 vem sendo, cada vez mais, dispensada atenção para conhecer e reduzir a vulnerabilidade humana a desastres (ALEXANDER, 2011, p. 10), o que despertou grande interesse, de modo paralelo, na quantificação da vulnerabilidade enquanto ferramenta de planejamento e execução de políticas públicas (WISNER et al., 2003, p. 14). Essa medida deve ser feita não apenas tendo em conta o que acontece com os atingidos no momento do desastre mas também em termos de danos para o sustento futuro (WISNER et al., 2003, p. 12). Engloba, portanto, a dificuldade (capacidade diminuída) de reconstrução dos meios próprios de subsistência após a ocorrência de possíveis riscos e que, por sua vez, os torna mais vulneráveis frente a novos riscos (WISNER et al., 2003, p. 12).

1.3 Base jurídico-principiológica para proteção aos vulneráveis

A proteção dos vulneráveis em termos jurídicos apoia-se em dois princípios basilares: a dignidade da pessoa humana e a solidariedade.

O princípio da dignidade da pessoa humana, alicerce de uma ordem jurídica de um Estado Democrático de Direito, impõe uma especial atenção a todos aqueles que se encontram em uma situação especial de carência (MONIZ, 2015, p. 72-73), ou seja, de vulnerabilidade. Foi justamente levando isso em conta que nasceram os direitos sociais como direitos das pessoas carentes de proteção, indo “ao encontro da matriz do sistema de direitos fundamentais: a proteção da dignidade humana das pessoas concretas em todas as situações de vulnerabilidade” (ANDRADE, 2015, p. 33).

Desse modo, os direitos sociais são de todos na medida em que careçam de proteção mais arrojada (ANDRADE, 2015, p. 33).⁸ É a própria carência que explica a diferenciação de tratamento frente aos que não estão em tal situação, bem como justifica a necessidade de proteção social dos que estão em situação de vulnerabilidade.⁹ É através da transição da noção de carências sociais para os direitos sociais que ocorre a eliminação ou mitigação dos grupos vulneráveis socialmente (OLIVEIRA, 1995, p. 18).

Por outro lado, esse dever decorre do princípio da solidariedade.¹⁰ A solidariedade – relação entre pessoas com sentimento de pertença a determinada formação social (MONIZ, 2015, p. 72), que fazem parte de um corpo sólido e unido (MORGADO, 2015, p. 59) – implica que as pessoas respondam em comum umas pelas outras (CAMAJI, 2008, p. 104), existindo uma responsabilidade mútua entre os membros de um determinado grupo social (CAMAJI, 2008, 107).

⁸ Importa lembrar que conjunturas marcadas por crises colocam “a descoberto o relevo que a proteção das vulnerabilidades humanas encerra” (MONIZ, 2015, p. 61).

⁹ Sobre o fundamento da proteção social, Loureiro (2014, p. 74) aduz: “O porquê da proteção social assenta na fragilidade, estrutural e também circunstancial ou epocal, do ser humano, a que acrescem casos de especial fragilidade, que designamos por vulnerabilidade”.

¹⁰ Assim é o art. 3º, I, da Constituição da República Federativa do Brasil: “Constituem objetivos fundamentais da República federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

Existem duas formas essenciais de solidariedade: horizontal ou fraterna e vertical ou paterna (BERLINGÒ, 2010, p. 82-83). A primeira é relativa aos vínculos sociais, ao passo que a segunda opera entre o Estado e os cidadãos e visa a remover os obstáculos que impedem o livre desenvolvimento da pessoa humana e a efetivar a participação de todos na vida política, econômica e social (BERLINGÒ, 2010, p. 83). Em busca da concretização da solidariedade vertical, houve um alargamento das funções do Estado na sociedade, mas sem aniquilar nem olvidar o importante papel dos vínculos sociais (solidariedade horizontal). Esse solidarismo aponta para uma realidade humanista de fundo igualitário, visando à integração social (SILVA, 2003, p. 144) como promotora da diminuição das desigualdades.

2 O caso de Mariana à luz da teoria da vulnerabilidade social

Cantava a famosa dupla sertaneja Tião e Pardinho que “o rio de Piracicaba vai jogar água pra fora, quando chegar a água dos olhos de alguém que chora”.¹¹ No dia 5 de novembro de 2015, entretanto, o rio de Piracicaba (pertencente à bacia do Rio Doce, quinta maior do Brasil) jogou lama para fora quando chegaram os rejeitos da barragem do Fundão, de propriedade da Samarco Mineração S.A.¹² O rompimento dessa barragem fez com que 60 milhões de litros de rejeito de mineração de ferro fossem despejados na bacia do Rio Doce ao longo dos seus 500 km e foi capaz de transformar distritos, como Bento Rodrigues e Paracatu de Baixo, em “desertos de lama” (MENA, 2015).

Cumpre-nos agora, portanto, conforme o objetivo deste estudo, relacionar os acontecimentos à teoria da vulnerabilidade, ilustrando, através da descrição do caso concreto, a “especial susceptibilidade dos valores expostos aos riscos” e os “danos anormalmente graves por ocasião desta catástrofe” (ARAGÃO, 2011, p. 72).

¹¹ O trecho reproduzido é o refrão da música composta por Lourival dos Santos denominada “O rio de lágrimas”, também conhecida como “O rio de Piracicaba”.

¹² Essa barragem de armazenamento de rejeitos foi construída, conforme atesta o parecer favorável à sua implementação, “em função do aumento da produção de rejeito argiloso pela entrada do novo concentrador de minério (já licenciado pela FEAM), e a previsão de encerramento das atividades da Barragem do Germano em meados de 2009” (GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, 2008).

2.1 O rompimento da barragem do Fundão (ocorrência do risco)

Conforme reportagem especial da revista *Veja* assinada por Eduardo Gonçalves et al.:

Eram três barragens de rejeito em Alegria: a de Germano, a de Fundão e a de Santarém. Todas operavam segundo o sistema de aterro hidráulico, tradicional e empregado em todo o mundo. Ele conta com a ação da gravidade para fazer com que os resíduos separados do ferro escoem até as bacias. A parte frontal dessas bacias é feita de areia, para filtrar a água (GONÇALVES et al., 2016).

Na barragem do Fundão era realizado o tratamento físico da água da mineração de ferro (retenção de sólidos)¹³, sendo o efluente, posteriormente, direcionado para a barragem de Santarém, onde era realizado o tratamento químico antes do lançamento no corpo d'água (GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, 2013). Desse modo, a água saía da barragem do Fundão sem os rejeitos físicos, ficando as impurezas depositadas no fundo.

Com o passar do tempo, os rejeitos acumularam-se, deixando a barragem mais rasa. Diante desse quadro, foi realizado (em 2012) o “alteamento a montante”, ou seja, um processo que envolve a compactação dos resíduos e a colocação de uma camada de barro sobre eles. Tal medida teve como objetivo diminuir a superfície da barragem e aumentar a sua altura, acarretando o aumento de sua capacidade em volume.¹⁴ Em 2013 foi dado um parecer positivo para outro alteamento a montante e

¹³ Aqui importa um esclarecimento. O ferro nessa região mineira é extraído de uma rocha chamada itabirito, que possui camadas intercaladas de quartzo e do minério de ferro. A fim de conseguir esse minério puro, a pedra é moída, triturada e, posteriormente, separada. Para tanto, a Samarco utilizava a flotação inversa, que consiste em jogar água com algum tipo de óleo na mistura moída. Esse óleo flutua, juntamente com o ferro, ficando a água e outros resíduos na parte inferior. Há vezes que é usada um pouco de soda cáustica, mas essa mistura, em si, não apresenta muitos produtos químicos. Uma vez realizada essa separação, o rejeito passa por um processo de peneiração tendo por base a granometria, indo para barragens. Essas barragens normalmente são feitas aproveitando a cava de uma antiga mineração ou a existência de um vale natural, de modo a filtrar a água, para o seu reaproveitamento ou a sua devolução ao rio.

¹⁴ O acompanhamento desse projeto de alteamento pode ser analisado com mais profundidade em Resende (2012).

unificação da barragem do Fundão com a do Germano¹⁵, de modo que o referido alteamento estava em andamento no ano de 2015. Em julho passado, ambas as barragens passaram por vistoria anual, estando, à altura, estáveis (GLOBO, 2016).

Em situações como essas, além de uma fiscalização interna (feita pela própria empresa), há uma a fiscalização estatal, feita pelo Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM). Esse órgão possui dois critérios de avaliação de uma barragem: categoria de risco (CRI)¹⁶ e dano potencial associado (DPA).¹⁷ Esse último é definido pelo art. 2º, V, da Resolução Nº 143, de 10 de julho de 2012, do Conselho Nacional dos Recursos Hídricos como

dano que pode ocorrer devido a rompimento, vazamento, infiltração no solo ou mau funcionamento de uma barragem, independentemente da sua probabilidade de ocorrência, podendo ser graduado de acordo com as perdas de vidas humanas e impactos sociais, econômicos e ambientais (CONSELHO NACIONAL DOS RECURSOS HÍDRICOS, 2012).

A barragem do Fundão foi classificada como de nível médio “C” (em uma escala decrescente de “A” a “E”), pois, embora com baixo risco de rompimento, o dano potencial associado era alto.¹⁸ Note-se que estes dois conceitos estão imiscuídos com o

¹⁵ Assim é a conclusão do parecer: “A equipe interdisciplinar da Supram CM sugere o deferimento da Licença Prévia e de Instalação – LP+LI, para o empreendimento Alteamento e Unificação das Barragens Germano e Fundão da Samarco Mineração SA para a atividade de ‘Barragem de contenção de rejeitos/resíduos’, no município de Mariana/MG, pelo prazo de 06 (seis) anos, vinculada ao cumprimento das condicionantes e programas propostos” (GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, 2013a).

¹⁶ A CRI tem em conta os seguintes fatores: características técnicas (altura, comprimento, tipo de barragem quanto ao material de construção, tipo de vazão, idade da barragem e vazão do projeto), estado de conservação (confiabilidade das estruturas extravasoras, confiabilidade das estruturas de adução, percolação, deformações e recalques, deterioração dos taludes/paramentos e eclusas), plano de segurança da barragem (existência de documentação de projeto, estrutura organizacional e qualificação técnica dos profissionais da equipe de segurança da barragem, procedimentos de roteiros de inspeções de segurança e de monitoramento, regra operacional dos dispositivos de descarga da barragem e relatórios de inspeção de segurança com análise e interpretação) (GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, 2012).

¹⁷ A DPA é obtida pela conjugação dos seguintes fatores: volume total do reservatório, potencial de perdas de vidas humanas, impacto ambiental e impacto socioeconômico (GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, 2012).

¹⁸ A classificação foi feita com base nos seguintes dispositivos legais: Lei 12.334/2010, Resolução CNRH 143/2012 e Portaria DNPM 416/2012. Convém lem-

de vulnerabilidade social. A exposição a um risco (CRI) e a capacidade de resistência e resiliência de uma dada população frente a sua ocorrência (DPA) são, em verdade, o que define a vulnerabilidade social.

Fato é que, mesmo inexistindo qualquer laudo que atestasse a instabilidade da barragem do Fundão e o seu provável estouro, ela se rompeu ¹⁹ ²⁰, gerando um desastre.²¹ Embora não

brar que existem mais de dez barragens de mineração em nível crítico, ou seja, classificação “A”. Para ver uma lista completa acessar: <<http://www.dnpm.gov.br/assuntos/barragens/arquivos-barragens/cadastro-nacional-de-barragens-de-mineracao-dentro-da-pnsb>>. Acesso em: 5 jan. 2016.

- ¹⁹ Existem duas teorias principais sobre os motivos. A primeira, defendida e usada pela empresa, é a de que, minutos antes de a barragem estourar, houve um abalo sísmico, com base nos dados apresentados pela USP. Contudo, o referido abalo foi muito fraco para, sozinho, ser capaz de provocar o rompimento da barragem. Por outro lado, pode ter sido o próprio deslocamento do barro que provocou o abalo sísmico constatado. A outra tese é a de que houve a chamada liquefação, que ocorre facilmente nas barragens a montante. Nesse processo, a água vai molhando o barro, de modo a diminuir a adesão entre as partículas que o unem, deixando a barragem instável. Assim, alerta Resende (2002, p. 13): “uma barragem que tem sua estrutura rompida por liquefação do material sobre a qual situa sua fundação, possui também um grande poder destruidor na medida em que o material liberado vai varrendo a região a jusante deste, na forma de um semi-líquido, podendo causar grandes tragédias”. Nesse sentido, o Centro de Sismologia da USP: “Seis pequenos tremores de terra, próximos à Mineração Samarco, na área de Catas Altas e Bento Rodrigues, MG, ocorreram na tarde de 05/11 e foram registrados por algumas estações da Rede Sismográfica Brasileira (RSBR) localizadas entre 150 e 400 km dos epicentros. [...] Os dois tremores das 14hs foram sentidos por diversas pessoas na região da Mineração em locais a poucos km do epicentro 5, segundo comunicação da Samarco no dia 05/11. Tremores com magnitudes menores que 3 geralmente não são sentidos pela população a mais de 20 km. Tremores de magnitude ~2.5 normalmente são sentidos no máximo até ~10 km. As informações de que os tremores foram sentidos apenas na área da Mineração é compatível com a baixa magnitude” (CENTRO DE SISMOLOGIA DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, 2015, p. 1). Assim, a conclusão do Centro de Sismologia da USP, em 6 de novembro de 2015, nos seguintes termos: “Ainda não é possível relacionar a ocorrência dos tremores como causa do rompimento das barragens. A probabilidade da coincidência de local e data com o desastre é muito pequena, mesmo considerando que pequenos tremores de terra sejam ‘relativamente’ frequentes no Brasil. Por outro lado, tremores de terra de pequena magnitude (< 3) só em casos muito especiais poderiam causar danos diretos a qualquer construção civil ou barragem. Essas condições especiais poderiam ser, talvez: a) hipocentro bem raso e bem próximo às barragens (difícil de mostrar com a RSBR atual), b) barragem já instabilizada por outros fatores anteriores (por exemplo, excesso de carga ou de chuva), c) os tremores mais fortes ocorridos às 14hs talvez

fosse provável (pois a CRI era baixa), sempre esteve presente o risco de estourar (risco matriz) e, com isso, a exposição de valores a riscos dali oriundos (riscos secundários).

2.2 Da suscetibilidade e da (baixa) capacidade de resposta da população afetada frente ao estouro da barragem do Fundão

Frente ao exposto, pode-se inferir que a ocorrência de danos especialmente graves em virtude da concretização dos riscos (primários e secundários) e da baixa capacidade de resiliência é notória e se amolda perfeitamente ao conceito de vulnerabilidade social.

Tendo em vista que no caso de Mariana o risco já ocorreu, é possível (e é o que faremos) uma apreciação da vulnerabilidade *a posteriori*. Para tanto, teremos em conta em que termos se mostrou a baixa capacidade de resiliência da população atingida e a sua suscetibilidade.

pudessem ter provocado pequenas fissuras na barragem permitindo leve escoamento de água; os tremores das 16hs podem ter disparado o desastre, numa situação já crítica, acelerando o processo de erosão pelo escoamento inicial da água, d) as vibrações dos tremores poderiam ter causado liquefação do material da barragem. Há alguns poucos casos na literatura sobre rompimento de barragens de rejeito por liquefação, mas sempre associados a sismos com magnitude superior a ~5 (e.g., Nishihara, 1984). Cada uma dessas possibilidades precisa ainda ser investigada mais a fundo com estudos técnicos apropriados, antes de se chegar a qualquer conclusão útil. Uma das dificuldades deste tipo de estudo sismológico é o pequeno número de estações sismográficas da RSBR, que não permite uma localização mais precisa do epicentro. Obviamente, quanto melhor for a localização dos epicentros, mais fácil seria associar os tremores ao rompimento da barragem ou descartar tal hipótese. Na disposição atual, a RSBR tem 10 estações sismográficas em Minas Gerais, o que é insuficiente para localizar bem tremores de terra pequenos a distâncias de centenas de km” (CENTRO DE SISMOLOGIA DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, 2015, p. 6).

²⁰ Por outro lado, não se pode olvidar que toda atividade mineradora envolve, por si só, um risco muito mais elevado, se comparada com outras atividades. Há constantes explosões, remoção de toneladas de rocha, mexe com um enorme fluxo de água, de modo que, por mais que sejam tomadas precauções, trabalha-se sempre com uma incógnita estrutural, colocando em risco não só a empresa mineradora e seus trabalhadores mas também toda a população e o meio ambiente conexos.

²¹ Conforme o art. 2º, II, do Decreto nº 7.257, de 4 de agosto de 2010, considera-se desastre “resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem sobre um ecossistema vulnerável, causando danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais”.

Inicialmente, frise-se que alguns municípios atingidos são economicamente dependentes da atividade mineradora exercida pela Samarco, de modo que são afetados drasticamente por problemas ocorridos nesse ramo. Uma eventual paralisação das atividades empresariais engessa e inviabiliza todo o entorno. A declaração do prefeito de Mariana, Duarte Júnior, retrata cristalinamente essa realidade. Vejamos:

se eu falar em fechar a Samarco eu estou falando em fechar a prefeitura, porque 80% de arrecadação é da mineração. [...] falar em parar a mineração é falar em fechar o município de Mariana. Nós também temos que assumir a nossa responsabilidade. Nós nunca tivemos diversificação econômica, somos totalmente dependentes da mineração. Sempre entrou muito dinheiro no município por meio do CFEM (Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais). Nunca nos preocupamos em ter um distrito industrial, por exemplo. Então que isso sirva de lição para nós, que estamos administrando os municípios, para que possamos agir com firmeza e ser menos dependentes. Com muita preocupação. Porque isso é uma bola de neve. Se a mineração parar, os recursos vão cair e a cidade vai parar. O comércio local também depende da mineração. São mais de 4 mil funcionários só na Samarco. Os recursos que advêm da mineração passam da casa dos 6 milhões de reais por mês. Então o momento é de extrema preocupação com o futuro de Mariana (PORTAL DE NOTÍCIAS TERRA, 2015).

Note-se que a barragem do Fundão era uma edificação de grande relevância estratégica para a comunidade local. A sua completa destruição implicou um verdadeiro colapso. Isso somado à falta de planejamento político-econômico provocou um estado de impotência e incapacidade de reação dos mais graves. Um círculo vicioso de especiais fragilidades que se retroalimentam infundavelmente.

Sob outro ângulo, a tragédia de Mariana evidenciou que a bacia do Rio Doce era praticamente a única fonte de água para os municípios que a integram. A inexistência de sequer um plano alternativo para abastecimento em caso de desastre ficou latente e é uma das causas do agravamento da debilidade coletiva. Assim, quando o dano se concretizou com o estouro da barragem e a chegada da lama ao rio, mais de 500 mil pessoas tiveram o abastecimento de água comprometido em Minas Gerais e Espírito Santo (COSTA, 2015). Cidades com menor capacidade financeira foram, como esperado, as mais afetadas. É o caso, por

exemplo, de Galileia e Resplendor, que possuíam estações de tratamento arcaicas e sem condições de realizar o tratamento da água suja de lama (RIBEIRO, 2015).

Outro aspecto significativo é o atinente às consequências do acúmulo da lama – ainda que não tóxica (SAMARCO, 2015) – no solo. A esterilização de cerca de 1.430 ha nos municípios de Mariana, Barra Longa e Rio Doce e outros em toda a calha do Rio Doce – local habitado por pequenos produtores e de agricultura familiar (BTS, 2015) – é desastrosa para a agropecuária.²² A subsistência daqueles que dependem da terra está comprometida por longo prazo (R7 NOTÍCIAS, 2015). Nesse sentido, conforme o chefe adjunto de Pesquisa e Desenvolvimento da Embrapa (Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária) Solos, José Carlos Polidoro, “o desafio agora, envolvendo todas as esferas do setor público, é reduzir os problemas dos produtores e buscar alternativas econômicas para eles”.²³

Quanto à água da bacia do Rio Doce, a lama também acabou por torná-la altamente turva e, conseqüentemente, retirou a oxigenação necessária para o desenvolvimento da vida aquática, comprometendo a flora e a fauna (BRASIL, 2015). Os pescadores, assim, também tiveram a sua subsistência comprometida com a morte dos peixes (mais de nove toneladas de peixes mortos foram retiradas do Rio Doce, segundo o IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis).²⁴ E, como não possuem outra fonte de renda e tampouco aprenderam ofício diverso, a capacidade de resiliência é ínfima.

²² Conforme a Embrapa, “Apesar de não ser tóxico, o material que está se sedimentando não apresenta condições para a germinação de sementes, nem para o desenvolvimento radicular das plantas. Além da baixa fertilidade e dificuldade de infiltração de água, o nível de matéria orgânica necessário para a vida microbiana do solo também foi bastante prejudicado” (REDE BRASIL ATUAL, 2015). No mesmo sentido, Maurício Ehrlich (apud MENA, 2015): “Esse resíduo de mineração é infértil porque não tem material orgânico. É como plantar na areia de Copacabana. Nada se constrói ali porque é um material mole, que não oferece resistência. Vai virar um deserto de lama que vai demorar dezenas de anos para secar”, sendo que a reconstrução do solo pode demorar “centenas de anos, que é a escala geológica para a formação de um novo solo”.

²³ Manifestando igual preocupação, o secretário da Agricultura de Minas Gerais, João Cruz: “Nosso desafio, envolvendo todas as esferas do setor público, é reduzir os problemas dos produtores e buscar alternativas econômicas para eles” (R7 NOTÍCIAS, 2015).

²⁴ Interessante notar que a ictofauna do Rio Doce já estava em parte comprometida e, além do mais, não havia estratégias claras e abrangentes para a sua conservação (VIERA, 2009/2010, p. 17-20).

Cumpre lembrar que a ausência de um plano de subsistência sustentável fez com que as dimensões do drama fossem catalisadas (BIRKMANN et al. 2011, p. 134). Toda a região é/era altamente (e quase que exclusivamente) dependente do rio e da mineração: da mineração, para tributos e empregos diretos e indiretos; do rio, para abastecimento de água, bem como para a pesca, agricultura e pecuária. A ausência de um plano alternativo para tentar mitigar os efeitos do possível (e agora já concretizado) dano deixou a população atingida com a sua vulnerabilidade social em um grau ainda mais elevado.

Por fim, a baixa capacidade de resistência e resiliência é um fator que dificulta a reconstrução dos próprios meios de subsistência diante da ocorrência de riscos e deixa a população atingida ainda mais vulnerável frente a novos riscos. O chamado círculo vicioso pode assim se retroalimentar.

Conclusão

O caso de Mariana ilustra bem a teoria da vulnerabilidade social, devendo servir como alerta para que as políticas públicas realizem planejamento e execução que a tenham em conta. Mais do que um exemplo didático-educativo da referida doutrina, o presente estudo teve como objetivo colocar em evidência essa importante realidade que continua presente na sociedade brasileira.

A tragédia de Mariana apenas revelou o estado de fragilidade e impotência de uma parcela da população frente a circunstâncias especiais que sempre estiveram potencialmente ali e estão em outras tantas barragens pelo país.

Atividades como a mineração, ao mesmo tempo em que representam algum risco para as comunidades locais, são também fundamentais para o desenvolvimento econômico da nação. O enfrentamento dessas questões é, assim, um grande desafio. Somente por meio de um pensamento estratégico cuidadoso que contemple controle e fiscalização das atividades, por um lado, e o aumento da capacidade de reação e consciência, por outro, poderemos avançar no quesito segurança e estabilidade.

É preciso, dentro dessa perspectiva, fomentar cada vez mais pesquisas que levem em consideração esse tipo de reflexão. A busca de mecanismos eficazes e eficientes de proteção não pode ser negligenciada, bem como o aperfeiçoamento dos critérios de responsabilização civil-penal-administrativa. Há, portanto, um fértil terreno para ser explorado intelectualmente.

Referências

- ALEXANDER, David. Modelos de vulnerabilidade social a desastres. Tradução de Victor Ferreira. **Revista crítica de ciências sociais**, Coimbra, n. 93, p. 9-29, jun. 2011.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. O papel do estado na sociedade e na socialidade. In: LOUREIRO, João Carlos; SILVA, Suzana Tavares da. (Coord.). **A economia social e civil**. Estudos. Vol. I. Coimbra: Instituto Jurídico, 2015. p. 23-42.
- ARAGÃO, Alexandra. Prevenção de riscos na União Europeia. **Revista crítica de ciências sociais**, Coimbra, n. 93, p. 71-93, jun. 2011.
- BARA, Corinna. **CRN Report Factsheet “Social Vulnerability to Disasters”**. Zurich: Center for Security Studies, 2010.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Vulnerabilidade e cuidado. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme (Coord.). **Cuidado e vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 106-118.
- BERLINGÒ, Vittoria. **Beni relazionali: l'apporto dei fatti di sentimento all'organizzazione dei servizi sociali**. Milano: Giuffrè Editore, 2010.
- BIRKMANN, Jörn et al. O risco não percebido para as zonas costeiras da Europa: os tsunamis e a vulnerabilidade de Cádiz, Espanha. Tradução de Victor Ferreira. **Revista crítica de ciências sociais**, Coimbra, n. 93, p. 129-165, jun. 2011.
- BISCAIA, Jorge. Princípio – vulnerabilidade. **Cadernos de Bioética**, Coimbra, ano XVII, n. 42, p. 295-302, dez. 2006.
- BRASIL. Portal Brasil. Lama de barragem que se rompeu em MG não é tóxica. In: **Notícias do meio ambiente**. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/meio-ambiente/2015/11/lama-de-barragem-que-se-rompeu-em-mg-nao-e-toxica>>. Acesso em: 6 jan. 2016.
- BTS. Desastre da Samarco afeta produção de leite. In: **Revista de Leite e Derivados**. São Paulo, 2015. Não paginado. Disponível em: <<http://leiteederivados.com.br/desastre-da-samarco-afeta-producao-de-leite>>. Acesso em: 29 dez. 2015.
- CAMAJI, Laure-Emmanuelle. **La personne dans la protection sociale: recherche sur la nature des droits des bénéficiaires de prestations sociales**. Paris: Dalloz, 2008.
- CARVALHO, Ana Sofia. Nota introdutória. In: CARVALHO, Ana Sofia (Coord.). **Bioética e vulnerabilidade**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 7.
- CENTRO DE SISMOLOGIA DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Tremores de terra ocorridos em Mariana/Bento Rodrigues no dia 05/11/2015**. São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.sismo.iag.usp.br/content-sample/reports/20151106/Relatorio-Mariana-20151107-2100.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2015.

CONSELHO NACIONAL DOS RECURSOS HÍDRICOS. **Resolução n. 143**. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.dnpm.gov.br/assuntos/barragens>>. Acesso em: 5 jan. 2016.

COSTA, Camila. O que já se sabe sobre o impacto da lama de Mariana. In: **Portal da BBC Brasil**. São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/12/151201_dados_mariana_cc>. Acesso em: 6 jan. 2016.

CUTER, Susan. A ciência da vulnerabilidade. Tradução de Victor Ferreira. **Revista crítica de ciências sociais**, Coimbra, n. 93, p. 59-69, jun. 2011.

FEKETE, Alexander. **Assessment of Social Vulnerability for River-Floods in Germany**. Inaugural-Dissertation. Tag der mündlichen Prüfung: 11.12.2009. 151 folhas. BOGARDI, Janos J. (Referent). Bonn: Hohen Landwirtschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrichs-Wilhelm-Universität zu Bonn, 2010.

FIECHTER-BOULVARD, Frédérique. La notion de vulnérabilité et sa consécration par le droit. In: COHET-CORDEY, Frédéric (Dir.). **Vulnérabilité et droit**. Grenoble: Press Universitaires de Grenoble, 2000. p. 13-32.

GLOBO. Samarco assina termo com MP. In: **Jornal Nacional**. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2015/11/samarco-assina-termo-com-mp-para-pagamento-de-r-1-bilhao.html>>. Acesso em: 6 jan. 2016.

GONÇALVES, Eduardo Gonçalves et al. Tragédia de Mariana: para que não se repita. In: **Veja** (edição on-line). São Paulo, 2016, não paginado. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/complemento/brasil/para-que-nao-se-repita/>>. Acesso em: 9 jan. 2016.

GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Matriz para classificação das barragens de acumulação de água**. Belo Horizonte, 2012. Não paginado. Disponível em: <https://sistemas.dnpm.gov.br/publicacao/mostra_imagem.asp?IDBancoArquivoArquivo=7233>. Acesso em: 6 jan. 2016.

GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Parecer COPAM 00015/1984/100/2013**. Belo Horizonte, 2013a. Disponível em: <http://www.meioambiente.mg.gov.br/images/stories/URCS_SupramCentral/RioVelhas/84/5.1-samarco-mineracao.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2015.

GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **PARECER ÚNICO Nº 351/2013 (SIAM) 2126976/2013**. Belo Horizonte, 2013b. Disponível em: <http://www.semاد.mg.gov.br/images/stories/URCS_SupramCentral/RioVelhas/71/10.5-samarco-mineracao.pdf>. Acesso em: 29 dez. 2015.

GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Parecer único SUPRAM – ZM Indexado ao processo 00015/1984/066/2008**. Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <[file:///Users/anapaulagonzattidasilva/Downloads/Samarco_Minera%C3%A7%C3%A3o%20\(3\).pdf](file:///Users/anapaulagonzattidasilva/Downloads/Samarco_Minera%C3%A7%C3%A3o%20(3).pdf)>. Acesso em: 29 dez. 2015.

KANT, Immanuel. **Sobre a pedagogia**. Tradução e notas de João Tiago Proença. Lisboa: Edições 70, 2012.

KEMP, Peter. Four ethical principles in biolaw. In: **Bioethics and biolaw**. Vol. II. Four ethical principles. Copenhagen: Rhodos International Science and Art Publishers and Centre for Ethics and Law, 2000. p. 13-22.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. **Constituição e biomedicina**: contributo para uma teoria dos deveres bioconstitucionais na esfera da genética humana. Vol. I. Dissertação de doutoramento em Ciências Jurídico-Políticas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2003.

LOUREIRO, João Carlos. Cidadania, proteção social e pobreza humana. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. XC, Tomo I, p. 71-140, 2014.

LOUREIRO, João Carlos. The kemp principles: a bio-legal perspective. **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, v. LXXV, p. 575-589, 1999.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MELKEVIK, Bjarne. **Considérations jurídico-philosophiques**. Québec: Les presses de l'Université Laval, 2005.

MENA, Eduardo Geraque Fernanda. Tragédia em Mariana deve secar rios e criar deserto de lama.

Folha de S.Paulo, São Paulo, 15 nov. 2015.. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/11/1706510-tragedia-em-minas-gerais-deve-secar-rios-e-criar-deserto-de-lama.shtml>>. Acesso em: 7 jan. 2016.

MENDES, José Manuel; TAVARES, Alexandre Oliveira. Risco, vulnerabilidade social e cidadania. **Revista crítica de ciências sociais**. Coimbra, n. 93, p. 5-8, jun. 2011.

MENDES, José Manuel et al. A vulnerabilidade social aos perigos naturais e tecnológicos em Portugal. **Revista crítica de ciências sociais**, Coimbra, n. 93, jun. 2011. p. 95-128.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. Socialidade, solidariedade e sustentabilidade: esboços de um retrato jurisprudencial. In: LOUREIRO, João Carlos; SILVA, Suzana Tavares da (Coord.). **A economia social e civil**. Estudos. v. I. Coimbra: Instituto Jurídico, 2015. p. 61-104. p. 61-104.

MORGADO, Miguel. Socialidade e civilidade: a utilidade de uma distinção. In: LOUREIRO, João Carlos; SILVA, Suzana Tavares da (Coord.). **A economia social e civil**. Estudos. v. I. Coimbra: Instituto Jurídico, 2015. p. 49-60.

OLIVEIRA, Francisco. A questão do Estado: vulnerabilidade social e carência de direitos. **Cadernos ABONG Subsídios à Conferência Nacional de Assistência Social**. 1. Série Especial. Brasília, 1995. p. 9-19.

PORTAL DE NOTÍCIAS TERRA. Sem a Samarco Mariana vai parar, diz prefeito. In: **Notícias Brasil**. São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/sem-a-samarco-mariana-vai-parar-diz-prefeito,81118f6e64fded4d8ff1648f35f84f83q193grx4.html>>. Acesso em: 12 dez. 2015.

PORTO, Marcelo Firpo de Souza. Complexidade, processos de vulnerabilização e justiça ambiental. **Revista crítica de ciências sociais**, Coimbra, n. 93, p. 31-58, jun. 2011.

R7 NOTÍCIAS. Enchente de rejeitos da Samarco deixou solo infértil, aponta Embrapa. In: **Notícias de Minas Gerais**. Belo Horizonte, 2015. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/minas-gerais/enchente-de-rejeitos-da-samarco-deixou-solo-infertil-aponta-embrapa-17122015>>. Acesso em: 5 jan. 2016.

REDE BRASIL ATUAL. Lama da Samarco tornou solo improdutivo em Mariana, diz Embrapa. In: **Notícias sobre o ambiente**. São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://www.redebrasilatual.com.br/ambiente/2015/12/lama-da-samarco-tornou-solo-improdutivo-em-mariana-diz-embrapa-9273.html>>. Acesso em: 3 jan. 2016.

RENAUD, Isabel C. R. Saúde e vulnerabilidade. **Cadernos de Bioética**, Coimbra, n. 24, p. 67-73, 2000.

RENAUD, Michel. Vulnerabilidade e espiritualidade. **Revista portuguesa de bioética**, Coimbra, Supl. I, p. 7-18, nov. 2008.

RENDTORFF, Jacob Dahl; KEMP, Peter. **Basic ethical principles in european bioethics and biolaw**. v. I – Autonomy, integrity and vulnerability. Copenhagen; Barcelona: Centre for Ethics and Law; Institut Borja de Bioètica, 2000.

RESENDE, Lincoln Ribeiro Maia de. **Capacidade de suporte de praias de rejeitos de mineração e construção de aterros compactados**. Dissertação (Mestrado em Engenharia Ambiental) – Escola de Minas, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2012.

RIBEIRO, Luiz. Falta d'água castiga cidades de Minas Gerais abastecidas pelo Rio Doce. **Correio Brasileiro**, Brasília, 19 nov. 2015. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2015/11/19/internas_polbraeco,507226/falta-d-agua-castiga-cidades-de-minas-gerais-abastecidas-pelo-rio-doce.shtml>. Acesso em: 3 jan. 2016.

SAMARCO. **Comunicado 5**. Mariana, 2015. Não paginado. Disponível em: <<http://www.samarco.com/2015/11/09/comunicado-5/>>. Acesso em: 5 jan. 2016.

SARTEA, Cláudio. **Biodiritto: fragilità e giustizia**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012.

SCHRAMM, Fermin Roland. Bio-ética da proteção: ferramenta válida para enfrentar problemas morais na era da globalização. **Revista Bioética**, v. 16, n. 1, 2008. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?url=http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/download/52/55&rct=j&q=&esrc=s&sa=U&ved=0ahUKEwj739WVyvnPAhXsBcAKHf23BhoQFggaMAE&usg=AFQjCNG8HUqD1Jb58pPWSkCJwau7vXxCUw>. Acesso em: 10 jan. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22^a ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2003.

VIERA, Fábio. Distribuição, impactos ambientais e conservação da fauna de peixes da bacia do rio Doce. **MG.Biota**, Belo Horizonte, v. 2, n. 5, p. 5-22, dez./jan. 2009/2010.

WISNER, Ben et al. **At Risk: natural hazards, people's vulnerability and disasters**. 2^a ed. Londres; Nova York: Routledge, 2003.

Atividade econômica e serviços públicos na Lei 13.303/16 à luz da doutrina de Eros Grau

Gustavo Madureira Fonseca

*Advogado da Agência de Fomento do Estado
do Rio de Janeiro
Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento
pela Universidade Cândido Mendes
Bacharel em Direito pela Universidade Federal
do Rio de Janeiro*

Juliana Fabião Barbeito de Vasconcellos

*Advogada da Agência de Fomento do Estado
do Rio de Janeiro
Bacharel em Direito pela Universidade Federal
do Rio de Janeiro*

RESUMO

O presente trabalho pretende desenvolver um estudo essencialmente teórico, mas com forte carga de aplicabilidade, sobre os aspectos gerais da Lei 13.303/16, utilizando como referencial teórico a doutrina de Eros Roberto Grau. Inicialmente, abordam-se noções preliminares sobre ordem econômica e seus aspectos conformadores, de modo a fornecer substrato mínimo para a compreensão dos temas que seguem: atividade econômica, serviço público e consequentes implicações no regime jurídico. Por fim, faz-se um balanço das alterações produzidas pela Lei 13.303/16.

Palavras-chave: Lei 13.303/16. Lei de Responsabilidade das Estatais. Eros Grau. Ordem econômica.

ABSTRACT

This study aims to develop an essentially theoretical study, but with strong burden of applicability about the general aspects of Law 13.303/16, using as a theoretical reference of Eros Roberto Grau's doctrine. Initially, it approaches preliminary notions about economic order and your conformers aspects, to provide minimal substrate to understanding of the following topics: economic activity, public service and the consequent implications for the legal regime. Finally, it does a balance of the changes produced by Law 13.303/16.

Keywords: Law 13.303/16. The state-owned company's law. Eros Grau. Economic Order.

Introdução

Passados quase vinte anos da promulgação da Emenda Constitucional nº 19/1998, que alterou o art. 173, § 1º da vigente Constituição e determinou a edição de lei que estabelecesse 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, foi publicada, em 1º de julho de 2016, a Lei nº 13.303/16.

Em quase uma centena de artigos, a novel legislação se propõe a regular de forma ampla as relações jurídicas dessas sociedades, tanto em seu âmbito interno como em suas interações com o Estado, a sociedade, os clientes e os fornecedores. Tratou, ainda, de aspectos conceituais, dispondo, por exemplo, sobre as definições de empresa pública e sociedade de economia mista que, naturalmente, suplantam e atualizam as concebidas pelo longínquo Decreto-Lei nº 200/67.

Entretanto, apesar de trazer em seu bojo explicitações de conceitos, a Lei nº 13.303/16 foi aquém do necessário, deixando de abordar definições fundamentais à aplicação do Direito às sociedades de economia mista e empresas públicas. À guisa de exemplo, destaca-se que não se definiu “relevante interesse coletivo” e imperativo de segurança nacional”, adiando-se, mais uma vez, o cumprimento do comando inserto no art. 170 do texto constitucional. Passou-se ao largo, ainda, da conceituação de “atividade econômica” e “serviço público”, o que, há décadas, é reclamado pela doutrina.¹

Em face da manutenção do cenário de ausência de conceitos legais, permanecerá com os estudiosos da matéria a missão de orientar o intérprete na aplicação do Direito. Nesse ensejo,

¹ Essa reivindicação já constava em Grau (1981, p. 97, grifos do autor): “há casos, evidentemente, em que resulta suficientemente nítida a caracterização de uma atividade como de *iniciativa econômica*; ou, em contrapartida, como de *serviço público*. Face a hipóteses outras, todavia, tal demarcação será tormentosa e frágil, o que está a exigir a explicitação, através de lei ordinária, de critérios que efetivamente viabilizem a fluente operacionalização do preceito constitucional. A juridicização do critério em pauta – ou de outro que porventura mais fidedignamente instrua a distinção perseguida – assim, há de se fazer completa apenas no momento em que tal explicitação seja incorporada à legislação infraconstitucional, atenção conferida, todavia, ao fato de que circunstâncias histórico-políticas podem, de um momento para o outro, conjunturalmente, exigir a sua pronta e imediata compatibilização ao dinamismo da realidade social”.

busca-se na obra de Eros Grau os fundamentos para aplicação do Direito às estatais, principalmente no que toca ao conceito de atividade econômica, à noção de serviço público e às implicações jurídicas do exercício de atividade econômica e da prestação de serviço público pela estatal. A escolha do autor dispensa maiores justificativas, considerando-se sua atuação profissional e acadêmica.² Quem quer que se proponha a tratar de fundamentos da ordem econômica no Brasil não pode prescindir da valiosa teorização do autor, disposta em sua vasta obra.³

Ao se tratar de conceitos, não se pode perder de vista que os conceitos jurídicos possuem um propósito bem definido, qual seja, ensinar a aplicação de normas jurídicas, não sendo usados para estabelecer essências, mas somente para permitir e viabilizar a aplicação do Direito (GRAU, 2012, p. 84). Conceitos que não ensinam a aplicação de normas jurídicas não são conceitos jurídicos, são conceitos auxiliares à dogmática do Direito, mas não conceitos do Direito.

Impende destacar que não se pode interpretar a Constituição em tiras, aos pedaços, mas como um todo. Da mesma maneira, não se interpreta um texto normativo, mas sim o Direito aplicável (GRAU, 2002). A interpretação de qualquer texto normativo impõe ao intérprete, em qualquer circunstância, o caminhar pelo

² É Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, tendo exercido a Livre Docência e magistério como Professor Titular na mesma instituição. Lecionou na graduação e pós-graduação em diversas instituições no Brasil e no exterior. Exerceu advocacia até ser nomeado para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Desempenhou a função de árbitro junto à CCI – Cour Internationale d'Arbitrage e em tribunais *ad hoc*, nacionais e internacionais. É autor de inúmeros artigos e pareceres publicados em revistas, expositor em diversos congressos e conferências. Escreveu mais de dez livros jurídicos publicados no Brasil e mais de cinco no exterior. Exerceu cargos de relevância em renomadas instituições de ensino, com destaque para Universidade de São Paulo, Comitê de Direito e Conselho Técnico-Científico da CAPES e CNPq na área de Direito. Recebeu os títulos de *Docteur Honoris Causa* por três universidades no exterior e por duas no Brasil.

³ Utilizar-se-á como fonte bibliográfica principal a obra *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*, uma vez que ao longo desta o autor compendia entendimentos dispostos em obras anteriores, inclusive aquelas escritas em períodos precedentes à atual Constituição. É o que ocorre, em muitos casos, com as obras *Planejamento econômico e regra jurídica* e *Elementos de Direito Econômico*, que, apesar de constarem nas referências bibliográficas, não serão literalmente citadas. Excluiu-se da bibliografia, por falta de aderência, as obras *Licitação e contrato administrativo* e *Sobre a prestação jurisdicional – Direito Penal*, ambas editadas pela Malheiros Editores, São Paulo, em 1995 e 2010, respectivamente.

percurso que se projeta a partir desse texto até a Constituição (GRAU, 2012, p. 161). Não poderia ser diferente com a Lei nº 13.303/16. Uma norma jurídica isolada, destacada, desprendida do sistema jurídico que compõe, não expressa significado normativo algum.

Interpretar um texto normativo significa escolher uma entre várias interpretações possíveis, de modo que a escolha seja apresentada como adequada: a norma não é objeto de demonstração, mas de justificação (GRAU, 2002, p. 88). Assim sendo, considerando que a interpretação dos textos normativos envolve discricionariedade e contextualização, o presente artigo se propõe a analisar a doutrina de Eros Grau sobre a ordem econômica na CF, a evolução dos conceitos a ela correlatos, a fim de fornecer o substrato mínimo ao intérprete da Lei nº 13.303/16.

1 Atuação estatal na ordem econômica: noções preliminares

De acordo com Eros Grau, o estudo da ordem econômica pelo jurista deve ser empreendido por perspectiva não exclusivamente dogmática, mas também funcional e crítica (GRAU, 2012, p. 1). A presença de normas reguladoras da ordem econômica em nossas Constituições reflete superação do papel do Direito exclusivamente como instrumento de harmonização de conflitos e de legitimação do poder, passando este a funcionar como instrumento de implementação de políticas públicas (GRAU, 2012, p. 15).

Evidenciadas as imperfeições do liberalismo na passagem do século XIX para o século XX pelo surgimento dos monopólios privados, pelo advento de crises econômicas cíclicas e pelo exacerbamento das disputas entre trabalhadores e detentores dos meios de produção, aliados ao fracasso do ideário de liberdade, igualdade e fraternidade⁴, em face da realidade do poderio econômico (GRAU, 2012, p. 21), o Estado passou a assumir papel ativo na economia (GRAU, 2012, p. 25). Argumenta-se que, ao deixar-se a economia de mercado desenvolver-se de acordo com suas próprias leis, ela criaria grandes e permanentes males. E, por mais paradoxal que pareça – dizia Karl Polanyi –, não

⁴ À idealização do *standard* francês de liberdade, igualdade e fraternidade se contrapõe a realidade do poder econômico. Se há liberdade plena, corre-se risco de abuso do poder econômico, monopolização ou cartelização. Também não é possível haver igualdade, muito menos fraternidade na economia liberal. Por conta disso, o Estado, que já interferia levemente na economia (monopólio na emissão de moeda, poder de polícia, leis e tributos), se viu obrigado a assumir um papel de regulador (GRAU, 2012, 21 et seq.).

eram apenas os seres humanos e os recursos naturais que tinham que ser protegidos contra os efeitos devastadores de um mercado autorregulável, mas também a própria organização da produção capitalista (GRAU, 2012, p. 29).

Considerando-se que a Constituição se dedica à regulação da ordem econômica, é nela própria que se encontram os limites para essa atuação estatal. A ordem econômica projetada pelo texto constitucional reclama amplo fornecimento de serviços públicos à sociedade, exigindo também, por outro lado, que sejam providas a garantia do desenvolvimento nacional, a soberania nacional, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, o pleno emprego, entre outros fins (GRAU, 2012, p. 285).

Não se pode perder de vista que a Constituição Brasileira de 1988, no que tange à ordem econômica, em especial no que dispõem os artigos 1º, 3º, 7º a 9º, 201, 202, 218 e 219, faz com que ela seja qualificada, ao menos em relação à ordem econômica, objeto da presente análise, como uma Constituição dirigente (GRAU, 2012, p. 207). Nesse sentido, mais do que garantia do existente, a Constituição dirigente impõe um programa para o futuro, apontando uma direção imperativa a servir de norte para a atuação estatal. Isso se justifica pelo fato de ela não se limitar ao ordenamento político, como mero instrumento de governo que estabelece garantias e define competências e procedimentos, mas também por definir tarefas e programas a serem concretizados pelos poderes públicos, constituindo também, dessa forma, um ordenamento econômico e social. Compreender essa nuance é indispensável ao correto direcionamento das atividades das sociedades sujeitas à Lei 13.303/16.

Decorre, portanto, que qualquer iniciativa, para ter legitimidade do ponto de vista constitucional, deve estar alinhada a esses objetivos, de modo a concretizá-los. Destarte, vigora entre nós um sistema no qual há um programa de Estado que vincula todo programa de governo e todo governante, restringindo a atuação estatal, executiva ou legislativa, às orientações previamente determinadas pela Carta Magna. Portanto, a atuação das empresas públicas e sociedades de economia mista, imperativamente, deve estar voltada à concretização dos preceitos da ordem constitucional econômica.

A Constituição do Brasil, de 1988, define, como resultará demonstrado ao final desta minha exposição, um modelo econômico de bem-estar. Esse modelo, desenhado desde o disposto nos seus arts. 1º e 3º, até o quanto enunciado no seu art. 170, não pode ser igno-

rado pelo Poder Executivo, cuja vinculação pelas definições constitucionais de caráter conformador e impositivo é óbvia. Assim, os programas de governo deste e daquele Presidentes da República é que devem ser adaptados à Constituição, e não o inverso. A incompatibilidade entre qualquer deles e o modelo econômico por ela definido consubstancia situação de inconstitucionalidade, institucional e/ou normativa. Sob nenhum pretexto, enquanto não alteradas aquelas definições constitucionais de caráter conformador e impositivo, poderão vir a ser elas afrontadas por qualquer programa de governo. E assim há de ser, ainda que o discurso que agrada à unanimidade nacional seja dedicado à crítica da Constituição (GRAU, 2012, p. 46).

Essa concepção não passou despercebida na Lei 13.303/16, tendo em vista que restou expressa a necessidade de se indicar de forma clara o relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional perseguido pela estatal (art. 2, § 1º), consignando que o atendimento a esses fins é indispensável ao cumprimento de sua função social (art. 27, *caput*). Mais que isso, exigiu que a alta administração elabore carta anual com a explicitação dos compromissos de consecução de objetivos de políticas públicas pela sociedade, em atendimento ao interesse coletivo ou ao imperativo de segurança nacional que justificou a autorização para sua criação, com definição clara dos recursos a serem empregados para esse fim, bem como dos impactos econômico-financeiros da consecução desses objetivos, mensuráveis por meio de indicadores objetivos (art. 8º, I).

2 Conceito de atividade econômica

A necessidade de balizar os contornos de conceito de atividade econômica no texto constitucional é inquestionável. Primeiro, para que se compreendam os limites nos quais serão permitidas sua exploração direta (art. 173) e a atuação normativa e reguladora pelo Estado (art. 174).⁵ Segundo, porque a expressão *ordem econômica*, no contexto do art. 170, equivale à expressão *atividade econômica*, e, por consequência, impõe que o exercício desta seja balizado pelos preceitos que regulam aquela (GRAU, 2012, p. 99). Por fim, mas não menos importante, porque a configuração de exploração de atividade econômica e a

⁵ O assunto não será abordado, visto que não integra o objeto do estudo. Para detalhamento do tema, recomenda-se a leitura de Grau (2012, p. 144 et seq.).

prestação de serviço público sujeitam-se a regimes jurídicos distintos, previstos, respectivamente, nos artigos 173 e 175 da Constituição (GRAU, 2012, p. 107).

Antes de adentrar especificamente no tema, é preciso desfazer a impressão de que a imposição de lei autorizativa (art. 37, XIX e XX, CRFB e arts. 3º e 4º da Lei 13.303/16) objetivaria desestimular intervenções dessa natureza na seara econômica (GRAU, 2012, p. 277). Essa vertente de argumentação seria reforçada pelo fato de a Constituição sujeitar a criação de sociedades estatais prestadoras de serviços públicos apenas à autorização legislativa (art. 37, XIX), ao passo que a exploração de atividade econômica em sentido estrito sujeitar-se-ia não apenas a esta, mas também à configuração de uma das hipóteses enunciadas pelo art. 173 da Constituição (relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional), denotando-se certa oposição constitucional à proliferação das empresas estatais exploradoras de atividade econômica em sentido estrito⁶ (GRAU, 2012, p. 281).

Entretanto, Grau (2012, p. 284) contrapõe essa linha de raciocínio, destacando:

O preceito do art. 173 é, como estamos a ver, menos incisivo do que aqueles que a ele correspondiam nas Constituições anteriores. Desapareceu a distinção entre intervenção por absorção e intervenção por participação; a lei federal não é mais tomada, expressamente, como requisito do monopólio; pode o Estado, no exercício da competência legislativa que lhe é atribuída pelo art. 24, I, definir relevante interesse coletivo, para os fins do art. 173; o conteúdo desta última noção é conformado pelos princípios que afetam a ordem econômica. Tudo isso, naturalmente, importa em que se relembre – e não me cansarei de fazê-lo – que não se interpreta a Constituição em tiras.

Uma vez demonstrado que a Constituição não é avessa à intervenção estatal no domínio econômico, passa-se à análise da matéria. Por certo que, no art. 173 e seu § 1º, a expressão

⁶ Fala-se em atividade econômica em sentido estrito, uma vez que Eros Roberto Grau sustenta que a atividade econômica em sentido amplo engloba a atividade econômica em sentido estrito e o serviço público. Essas noções serão mais bem explicitadas ao longo do texto. A classificação de serviço público como atividade econômica justifica-se, pois o serviço público, uma vez que voltado à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos, como se verá, é o tipo de atividade econômica cujo desenvolvimento compete, preferencialmente, ao setor público (GRAU, 2012, p. 109).

atividade econômica conota sua noção interventiva mais vigorosa, seu sentido estrito. Se assim o é, o art. 2º da Lei 13.303/16, lei que regulamenta o art. 173 da Constituição e seu § 1º, também o será. Esses dispositivos enunciam as hipóteses nas quais é permitida ao Estado – isto é, à União, aos Estados-membros e aos Municípios – a exploração direta de atividade econômica como agente econômico, em área da titularidade do setor privado (GRAU, 2012, p. 101), empreendendo em matérias que possam ser, imediata ou potencialmente, objeto de profícua especulação lucrativa (GRAU, 2012, p. 106).⁷

Destarte, quando o Estado se insere no mercado travestido de particular, abraça atribuições que não lhe são próprias e despe-se de suas prerrogativas. Do contrário, concorreria de forma predatória com o particular, ferindo valores da ordem econômica constitucionalmente estabelecida, como a livre-iniciativa.⁸ Nesse ponto, é válido destacar o cuidado da Lei 13.303/16 no trato da matéria, dando concretude ao preceito constitucional:

⁷ Ainda tratando da noção de atividades econômicas em sentido estrito, Eros Grau assevera: “embora de titularidade do setor privado, podem, não obstante, ser exploradas pelo Estado. Isto poderá ocorrer tanto nas hipóteses enunciadas pelo art. 173 da Constituição – isto é, se a exploração direta for necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo – quanto nos casos nos quais tal tenha sido determinado pela própria Constituição. Por isso mesmo é que o aludido art. 173 dispõe: ‘Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta...’ [...] Daí a verificação de que a mera atribuição de determinada competência atinente à prestação de serviços ao Estado não é suficiente para definir essa prestação como serviço público. Cumpre verificar, sempre, quando isso ocorra, se a atribuição constitucional do exercício de determinada competência ao Estado atende a imposição dos interesses do trabalho, no seu confronto com os interesses do capital, ou se, pelo contrário, outras razões determinaram a atribuição desse exercício pelo Estado” (GRAU, 2012, p. 123 et seq.).

⁸ Convém asseverar que Eros Grau, em sintonia com o art. 170, *caput*, destaca o valor social que se impõe atribuir à livre-iniciativa, nos seguintes termos: “no que tange ao primeiro dos princípios que ora temos sob consideração, cumpre prontamente verificarmos como e em que termos se dá a sua enunciação no texto. E isso porque, ao que tudo indica, as leituras que têm sido feitas do inciso IV do art. 1º são desenvolvidas como se possível destacarmos de um lado ‘os valores sociais do trabalho’, de outro a ‘livre iniciativa’, simplesmente. Não é isso, no entanto, o que exprime o preceito. Este em verdade enuncia, como fundamentos da República Federativa do Brasil, o valor social do trabalho e o valor social da livre iniciativa. Isso significa que a livre iniciativa não é tomada, enquanto fundamento da República Federativa do Brasil, como expressão individualista, mas sim no quanto expressa de socialmente valioso” (GRAU, 2012, p. 198).

Art. 8º As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão observar, no mínimo, os seguintes requisitos de transparência:

[...]

§ 2º Quaisquer obrigações e responsabilidades que a empresa pública e a sociedade de economia mista que explorem atividade econômica assumam em condições distintas às de qualquer outra empresa do setor privado em que atuam deverão:

I - estar claramente definidas em lei ou regulamento, bem como previstas em contrato, convênio ou ajuste celebrado com o ente público competente para estabelecê-las, observada a ampla publicidade desses instrumentos;

II - ter seu custo e suas receitas discriminados e divulgados de forma transparente, inclusive no plano contábil.

Por outro lado, não se pode deixar de comentar sobre a mais severa derrogação da livre-iniciativa: o regime de monopólio estatal. Contudo, antes de sequer tecer qualquer linha sobre conceito ou razões que justificam o monopólio, vale especificar o tecido no qual este está inserto. Somente haverá monopólio no exercício de atividade econômica em sentido estrito.⁹ Esse ponto é firmemente vincado na Lei 13.303/16, que, nas três ocasiões em que se refere a monopólio (art. 1º, *caput* e § 2º, e título II), o faz da seguinte forma: “*atividade econômica esteja sujeita ao regime de monopólio*”. Essa constatação é relevante para, desde logo, concentrar a análise no regime jurídico aplicável – regime jurídico da intervenção estatal na atividade econômica em sentido estrito –, evitando-se desvios no desenvolvimento do tema.

Inicialmente, pode-se suscitar que o monopólio estatal – situação na qual o ordenamento jurídico garante ao Estado a exclusividade no exercício de determinada atividade econômica –

⁹ Já a exclusividade da prestação dos *serviços públicos* é referenciada por Grau (2012, p. 135) como uma situação de *privilégio*. Note-se que, ainda quando estes sejam prestados, sob concessão ou permissão, por mais de um concessionário ou permissionário – o que nos conduziria a supor a instalação de um *regime de competição* entre concessionários ou permissionários (é o caso da navegação aérea – art. 21, XII, “c” da Constituição – e dos serviços de transporte rodoviário – arts. 21, XII, “e”; 30, V e 25, § 1º, da Constituição), o prestador do serviço o empreende em clima diverso daquele que caracteriza a competição tal como praticada no campo da *atividade econômica em sentido estrito*. O que importa salientar é a não intercambialidade das situações nas quais o *serviço público* é prestado por diversos concessionários ou permissionários titulares de certo privilégio e o regime de competição que caracteriza o exercício da *atividade econômica em sentido estrito* em clima de livre concorrência.

conflita com o parágrafo único do art. 170 da Constituição, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade, ou, ainda, com a diretriz contida no art. 173, § 3º, CRFB, que aduz: “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Todavia, em que pese a ordem econômica fundada na Constituição condenar, como regra, o monopólio e o abuso do poder econômico, também institui exceção em favor do monopólio estatal, a ser exercido nos casos previstos no artigo 177. Nessas hipóteses, é admitida a intervenção direta no domínio econômico, como agente, independentemente da configuração de relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional (art. 173). Nas atividades constitucionalmente sujeitas ao regime de monopólio, a Constituição não apenas permitiu que o Estado as exercesse com exclusividade mas também ordenou que assim fizesse, não estando a atuação estatal condicionada a um dos elementos do *caput* do art. 173 (relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional).

Como apontado anteriormente, justifica-se a existência das empresas públicas e sociedades de economia mista para intervir no domínio econômico com o objetivo de concretizar o projeto de ordem econômica inserta em uma Constituição de caráter dirigente, isto é, que impõe um programa para o futuro, apontando uma direção impositiva a guiar a atuação estatal. No caso em análise, essa direção impositiva aponta para as necessidades de imperativo de segurança nacional e de relevante interesse coletivo.

Segurança nacional é, no contexto da Constituição de 1988, conceito inteiramente distinto daquele consignado na Emenda Constitucional nº 1/69, que cuidava de promover a segurança do Estado contra a sociedade. Cuida-se, agora, de segurança atinente à defesa nacional, que não há de conduzir, impositivamente, à exploração direta de atividade econômica em sentido estrito pelo Estado (GRAU, 2012, p. 280). Note-se, que, nesse contexto constitucional, não se poderá admitir a criação de estatais estaduais ou municipais sob esse fundamento, vedação esta que poderia ter sido consignada na Lei 13.303/16.

O desenvolvimento da atividade dar-se-á, em regra, sob o regime de monopólio (GRAU, 2012, p. 283), uma vez que é o interesse envolvido que determina o regime da intervenção. Nesse sentido, ainda que não se possa afirmar categoricamente, é razoável supor, conforme raciocínio desenvolvido por Grau (2012,

p. 123 *et seq.*), que as atividades expressamente sujeitas a regime de monopólio (arts. 21, XXIII, e 177, CRFB) estão intimamente afetadas aos imperativos de segurança nacional.

Tratando da noção de relevante interesse coletivo no texto da Emenda Constitucional nº 1 de 1969 (art. 170, § 1º), Eros Grau consignou que haverá relevante interesse coletivo em determinada atividade econômica quando os particulares não forem capazes de suprir adequadamente as necessidades de um mercado relevante, atribuindo-se caráter suplementar da iniciativa privada. Essa leitura, entretanto, é insuficiente nos dias atuais. Ainda que a incapacidade ou falta de interesse do setor privado no suprimento da oferta de determinados bens ou serviços seja, *a priori*, um indicativo de relevante interesse coletivo, isso não basta. No atual contexto constitucional, notadamente principiológico, haverá relevante interesse coletivo em determinada atividade quando esta atender aos princípios que regem a ordem econômica (GRAU, 2012, p. 282).

Apesar de a Lei 13.303/16, como exposto anteriormente, ter se furtado da tarefa de conceituar relevante interesse coletivo, conforme expressamente consignado no art. 170 da Constituição, não se pode negar que houve um direcionamento mínimo nesse aspecto. Tanto é que o art. 27, § 1º, afirma que a realização do interesse coletivo deverá ser orientada para o alcance do bem-estar econômico e para a alocação socialmente eficiente dos recursos geridos pela empresa pública e pela sociedade de economia mista. Em seus incisos, comando normativo acrescenta que também deverá ser considerada na realização do interesse coletivo a ampliação economicamente sustentada do acesso de consumidores aos produtos e serviços da empresa pública ou da sociedade de economia mista, bem como o desenvolvimento ou emprego de tecnologia brasileira para produção e oferta de seus produtos e serviços, sempre de maneira economicamente justificada.

Vale discernir, ainda, que interesse coletivo não é interesse social. Este está ligado à coesão social, aferido no plano do Estado, plano da universalidade. Os interesses coletivos são aferidos no plano da sociedade civil, expressando particularismo, interesses corporativos (GRAU, 2012, p. 125). Portanto, tais interesses – interesses coletivos – podem se mostrar necessários tanto em âmbito nacional, regional ou local, tornando lícita a criação de estatais sob esse pretexto em qualquer dos entes federativos.

Deve-se salientar, por fim, que o Direito é prescritivo e, portanto, apenas descreve situações ou fatos para a eles atribuir consequências jurídicas. Nesse sentido, a correta leitura do texto normativo do art. 170 – relembrando-se que no contexto do art.

170 a expressão “ordem econômica” é conversível em “atividade econômica” – deve se pautar nos seguintes parâmetros:

O texto do art. 170 não afirma que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e *tem* por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, senão que ela *deve estar* – vale dizer, *tem de necessariamente estar* – fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e *deve ter* – vale dizer, *tem de necessariamente ter* – por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. A perfeita compreensão dessa obviedade é essencial, na medida em que informará a plena compreensão de que qualquer prática econômica (*mundo do ser*) incompatível com a valorização do trabalho humano e com a livre iniciativa, ou que conflite com a existência digna de todos, conforme os ditames da justiça social, será adversa à ordem constitucional. Será, pois, *institucionalmente inconstitucional* (GRAU, 2012, p. 193, grifos do autor).

Ainda segundo Grau, a partir da compreensão desse aspecto, poderão ser construídos não somente novos padrões de controle de constitucionalidade, mas, em especial, novos e mais sólidos espaços de constitucionalidade, tendo em vista que a amplitude dos preceitos constitucionais abrange não apenas normas jurídicas mas também condutas. Em razão disso, defende-se que são constitucionalmente inadmissíveis tanto normas quanto condutas adversas à intervenção estatal no domínio econômico que estejam fora das balizas delineadas para o exercício da atividade econômica voltadas à concretização de imperativo de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo.

Nesse aspecto, a Lei 13.303/16 mostra-se duplamente aderente ao preceito constitucional. Primeiro porque, em abstrato, se coaduna com os preceitos elencados, como já afirmado no último parágrafo do tópico 1 (“Atuação estatal na ordem econômica: noções preliminares”). Segundo porque conferiu traços mais nítidos à postura constitucionalmente exigida ao exercício da atividade econômica em sentido estrito, tornando-a mais concreta e de mais fácil absorção pelo intérprete.

3 Noção de serviço público

Inicialmente, é importante salientar que a Lei 13.303/16, ao contrário do que fez com o conceito de relevante interesse coletivo, não traçou sequer parâmetros mínimos que possam auxiliar na definição de serviço público, tornando-se, ainda mais necessário, o apoio da doutrina para sua correta operacionalização.

Serviço público é um conceito aberto, cuja significação deve ser preenchida e resgatada da realidade social. Em termos abstratos, a distinção entre serviço público e atividade econômica resultaria das transformações das forças sociais, mais precisamente da interação entre o trabalho e o capital, ou seja, da proporção que cada uma das espécies do gênero atividade econômica em sentido amplo conseguiu angariar para si em certo momento histórico – lembre-se que a atividade econômica em sentido amplo é composta pela atividade econômica em sentido estrito e pelos serviços públicos (GRAU, 2012, p. 106).¹⁰

O critério enunciado no parágrafo anterior, a despeito de auxiliar o intérprete no exercício de identificação desta ou daquela parcela da atividade econômica (em sentido amplo) como modalidade de serviço público ou de atividade econômica em sentido estrito, é insuficiente, na medida em que essa identificação não pode operar-se no plano dos modelos ideais, à margem da ordem jurídico-social. Contudo, a dificuldade para a determinação de critérios objetivos e seguros é de tal ordem que nem mesmo o texto constitucional é capaz, por si só, de superá-la. Explica-se.

Não há dúvida de que a exploração de serviços e instalações nucleares é vedada ao particular, uma vez que constitui monopólio da União (art. 177, V, CFRB). De igual maneira, não há dúvida de que se trata de atividade econômica em sentido estrito, assim como as demais descritas no mesmo disposto. Daí a verificação de que a mera atribuição de determinada atividade ao Estado não é suficiente para definir essa prestação como serviço público (GRAU, 2012, p. 124).¹¹ Recusa-se, portanto, a concep-

¹⁰ Detalhando esse conflito, Grau (2012, p. 106, grifos do autor) explicita: “pretende o capital reservar para sua exploração, como *atividade econômica em sentido estrito*, todas as matérias que possam ser, imediata ou potencialmente, objeto de profícua especulação lucrativa. Já o trabalho aspira [que] atribua-se ao Estado, para que este as desenvolva não de modo especulativo, o maior número possível de *atividades econômicas (em sentido amplo)*. É a partir deste confronto – do estado em que tal confronto se encontrar, em determinado momento histórico – que se ampliarão ou reduzirão, correspectivamente, os âmbitos das *atividades econômicas em sentido estrito e dos serviços públicos*. Evidentemente, a ampliação ou retração de um ou outro desses campos será função do poder de reivindicação, instrumentado por poder político, de um e outro, capital e trabalho”. Por outro lado, como observado anteriormente, a ampliação da rede de serviços públicos, com frequência, corresponde a uma exigência do capital. Isso já ocorreu no passado e ainda se verifica. Assim, é sob essa ressalva que a utilidade do critério considerado deve ser ponderada.

ção meramente formal de serviço público, reputando-se equivocada a tentativa de conceituar-se *serviço público* como atividade sujeita a *regime de direito público*. Nessa afirmativa, além de privilegiar-se a forma, em detrimento do conteúdo, perpetra-se indesculpável tautologia: determinada atividade fica sujeita a regime próprio de serviço público porque é serviço público; não o inverso, como muitos propõem, ou seja, passa a ser tida como serviço público porque sujeita a regime de serviço público (GRAU, 2012, p. 114).

Diante desse contexto, Grau propõe que o melhor critério para identificar serviço público parte do pressuposto de que este não é um conceito, mas uma noção. Sobre essa distinção, enuncia:

Do ponto de vista epistemológico, isso resulta em tomar partido pelo conceito contra a noção. O conceito é atemporal. Pode estudar-se como os conceitos se engendram uns aos outros no interior de categorias determinadas. Mas nem o tempo nem, por consequência, a história podem ser objeto de um conceito. Aí há uma contradição nos termos. Desde que se introduz a temporalidade, deve considerar-se que no interior do desenvolvimento temporal o conceito se modifica. A noção, pelo contrário, pode definir-se como o esforço sintético para produzir uma ideia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas [...] A partir daí parece-me, hoje, que a questão da indeterminação dos conceitos se resolve na historicidade das noções – lá onde a doutrina brasileira erroneamente pensa que há conceito indeterminado há, na verdade, noção. E a noção jurídica deve ser definida como ideia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas (GRAU, 2012, p. 130).

Note-se bem que essa função de conformação da própria noção de serviço público é cumprida pela Constituição como um todo, devendo, portanto, seu intérprete não se deter exclusivamente na análise das diretrizes, programas e fins que ela enuncia; mas, ao contrário, interpretá-la no seu todo. Ao se aproximar da noção – como explicitada anteriormente –, se concluirá que:

¹¹ Corroborando este posicionamento, o Supremo Tribunal Federal (RE 220.999-7-PE, julgado em 25.4.2000) entendeu, no caso concreto, a atividade não se caracterizava como serviço público, ainda que constituísse transporte aquaviário (art. 21, XII, “d”, CRFB).

A noção de serviço público é a atividade explícita ou supostamente definida na constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) – ou, em outros termos, atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico (Cirne Lima) (GRAU, 2012, p. 132).

A partir do exposto, percebe-se que a adoção do serviço público como noção – e não como conceito – permite que, conforme o momento histórico e a dinâmica social, atividades sejam tanto retiradas quanto inseridas do âmbito dos serviços públicos. Nessa sistemática, o rol de serviços públicos é capaz de acompanhar a evolução social, permitindo-se que atividades econômicas em sentido estrito se convertam em serviços públicos e vice-versa. Um ícone dessa transformação são os serviços de acesso à internet que, há poucos anos, eram ativos valiosos fornecidos restritamente a companhias que se utilizavam de tecnologia de ponta (atividade econômica em sentido estrito) e hoje acompanham quase todos de forma indispensável, tal qual qualquer serviço público.

4 Distinção entre o regime jurídico das estatais que prestam serviço público e o das que exercem atividade econômica

As consequências da qualificação desta ou daquela atividade empreendida pela empresa pública ou sociedade de economia mista como *serviço público* ou *atividade econômica em sentido estrito* são marcantes. Exemplificando essas distinções, no que tange à liberdade de contratar, Grau (2012, p. 136) assevera:

Poderemos nos encontrar diante de três hipóteses: (a) ou a empresa pública ou a sociedade de economia mista presta serviço público e não pode se recusar a contratar, desde que isso seja materialmente possível, mercê da incidência, sobre sua atividade, do princípio da continuidade do serviço público (limitação imanente ao instituto contratual); (b) ou a empresa pública ou a sociedade de economia mista explora atividade econômica em sentido estrito em regime de competição e não pode se recusar a contratar, desde que isso seja materialmente possível, porque a contratação é definida pelo ordenamento jurídico como cogente (não incidência do princípio da liberdade de contratar em relação à hipótese); (c) ou a em-

presa pública ou a sociedade de economia mista explora atividade econômica em sentido estrito em regime de monopólio e não pode se recusar a contratar, desde que isso seja materialmente possível, tanto porque a recusa, se o caso, importaria prática de concorrência desleal (limitação imanente ao instituto contratual), quanto porque a contratação é definida pelo ordenamento jurídico como cogente (não incidência do princípio da liberdade de contratar em relação à hipótese).

Como se observa, há distintos níveis de incidência dos princípios jurídicos sobre cada espécie, o que leva o autor a propor a estruturação de modelos de regimes jurídicos em níveis, na seguinte forma:

Permanecendo a cogitar das empresas estatais, direi que há marcante distinção entre os seus momentos *estrutural* e *funcional*. Daí por que são objetos distintos os regimes jurídicos *estrutural* e *funcional* das empresas estatais. Quando penso no *regime funcional* das empresas estatais – de uma determinada empresa estatal, sendo mais preciso – estou a dela cogitar em seu dinamismo, isto é, no desenvolvimento das suas atividades. Ora, estas atividades podem ser visualizadas desde a perspectiva dos particulares – relações da empresa estatal com os particulares – ou desde a perspectiva do próprio Estado – relações da empresa estatal com o Estado. Quando penso no *regime estrutural* da empresa estatal, estou a dela cogitar em termos estáticos, isto é, em seu formato institucional. Posso – e devo, imperiosamente – então, verificar que há um *regime jurídico estrutural* (mais de um, em verdade: note-se a distinção entre empresas públicas, sociedades de economia mista e empresa estatal – v. meu Elementos de Direito Econômico, cit., p. 102) e, pelo menos, dois sub-regimes jurídicos funcionais aplicáveis às empresas estatais. Os últimos entendidos como funcional interno – relações de empresa com o Estado – e funcional externo – relações da empresa com o setor privado. No nível do regime jurídico estrutural debateremos, por exemplo, a caracterização da empresa como sociedade de economia mista ou não; no nível do regime jurídico funcional interno debateremos, por exemplo, o tipo e a extensão dos controles estatais a que está sujeita a empresa; no nível do regime jurídico funcional externo debateremos, por exemplo, se o contrato celebrado entre a empresa e particulares é do tipo denominado administrativo ou privado (GRAU, 2012, p. 117).

Em termos sintéticos, propõe o autor que no nível estrutural seja previsto o modo de organização que o Estado elegeu para a empresa estatal, ou seja, a organização empresarial conforme o modelo privado, tipo societário, composição de seu capital social, entre outros. No nível funcional interno – relação da empresa estatal com o Estado – o regime jurídico deve recair sobre exercício do poder de controle da sociedade. Por último, no nível funcional externo, aborda-se o relacionamento da empresa estatal com clientes e fornecedores.

Não há nenhuma interpenetração necessária entre tais regimes, sendo lícito acolher o regime de direito público ou de direito privado em cada um deles, sem que, contudo, outro nível receba influência dessa acolhida. E não se pode, por isso mesmo, replicar a incidência de um princípio que se refira ao regime estrutural no nível funcional. Assim exemplifica o Grau (2012, p. 118):

Assim, seguindo na exemplificação, verifico que, em nome do princípio da supremacia do interesse público, o Estado atua, no interior da sociedade de economia mista (como tal definida para os efeitos do Decreto-lei n. 200/67; v. meu Direito, Conceitos e Normas jurídicas, cit., pp. 87 e ss.) – momento estrutural: regime jurídico estrutural – sob privilégio, em posição assimétrica em relação aos acionistas privados; não obstante, desde que o objeto de atuação da sociedade de economia mista seja a exploração de atividade econômica em sentido estrito, não estará o seu regime jurídico funcional externo informado pelo princípio da supremacia do interesse público, como o impõe, aliás, o § 1º do art. 173 do vigente texto constitucional. De outra parte, se cuidarmos de mera empresa estatal, na qual não atue em situação de privilégio o Estado quanto aos acionistas privados, mas sim em posição simétrica em relação a eles, não contribuirá, neste caso, o princípio da supremacia do interesse público, à conformação do regime jurídico estrutural da empresa; não obstante, neste caso, se o objeto de sua atuação consubstancia a prestação de serviço público, estará o regime jurídico funcional externo informado justamente pelo princípio da supremacia do interesse público.

O discernimento dos distintos regimes jurídicos, que em distintos níveis têm aplicação sobre as empresas estatais, extermina grande parte das dificuldades no enfrentamento da tarefa de construção de seus modelos, mas também no que tange à compreensão da circunstância de entidades de direito privado serem entes governamentais e atuarem ora no âmbito dos serviços

públicos, ora no campo da atividade econômica em sentido estrito (GRAU, 2012, p. 118).

Em face do exposto, pode-se afirmar que, no geral, as estatais exploradoras de atividade econômica submetem-se a regime de direito privado, com breves derrogações de direito público, ao passo que as prestadoras de serviços públicos submetem-se a regime preponderantemente público, com breves derrogações de direito privado.

Mais especificamente, nas estatais exploradoras de atividade econômica prevalece o regime privado em seu aspecto estrutural e funcional externo, sofrendo influxos publicistas apenas no que toca ao aspecto funcional interno, como, por exemplo, na necessidade de realização de concursos públicos para seleção de pessoal e de licitação para contratação de serviços e aquisição de bens. Por outro lado, nas estatais que prestam serviço público, o regime público é preponderante nos aspectos funcionais (interno e externo), e o privado, no aspecto estrutural.

A distinção mencionada no parágrafo anterior está perfeitamente alinhada ao teor do art. 8, § 2º, da Lei 13.303/16, uma vez que restringe a assunção de obrigações em regime diverso do setor privado – aspecto funcional externo – apenas nos casos de sociedade de economia mista ou empresa pública voltadas à exploração de atividade econômica. Para as que prestam serviço público, em face do silêncio eloquente do legislador, o regime funcional externo permanece sendo regido por direito público.

Conclusão

A partir da base argumentativa colacionada, é possível afirmar que a Constituição brasileira de 1988 institui um programa de Estado que vincula os programas de governo, restringindo-lhes a atuação aos rumos previamente determinados na Constituição, sob pena da atuação dos mecanismos jurídicos de correção. Esse programa constitucional, cujos pilares foram elencados e discutidos ao longo do texto, deve pautar todas as iniciativas estatais, normativas e executivas.

Em termos gerais, pode-se afirmar que a Lei 13.303/16 concretiza o imperativo constitucional, na medida em que se amolda aos preceitos aduzidos e confere maior concretude aos balizadores de atuação do Estado no campo econômico. A novel legislação também se mostrou condizente ao referencial teórico adotado – obra de Eros Roberto Grau.

Merece destaque a elevação da exigência de detalhamento nas leis autorizativas de criação de empresas públicas e socieda-

des de economia mista, tornando legal o que a doutrina recomendava. Esse aprimoramento pode ser percebido, por exemplo, na positivação das necessárias derrogações do regime societário ordinário em alguns casos, na explicitação clara dos casos em que é lícita a assunção de obrigações em regime diverso do particular e no direcionamento ao cumprimento da função social, mediante instrumentos de controle.

Por outro lado, conclui-se que a Lei 13.303/16 poderia ter avançado mais em aspectos igualmente relevantes para as estatais, sobretudo em aspectos conceituais. Deixou de conceituar termos com ampla relevância para aplicação do Direito às sociedades de economia mista e empresas públicas, como imperativo de segurança nacional, relevante interesse coletivo, atividade econômica e serviço público. Como alento, ao menos forneceu indicativos mínimos sobre relevante interesse coletivo e exigiu que os conceitos constassem nas leis autorizativas, o que nos permite supor que haverá maiores substratos interpretativos nos próximos anos.

Referências

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica). São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Direito, Conceitos e Normas Jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. **Elementos de Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

_____. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Planejamento econômico e regra jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

_____. Sociedade controlada pelo Estado (Parecer). **Revista dos Tribunais**, v. 529, ano 68, p. 39-40, nov. 1979.

O processo civil e os mecanismos de pacificação social em massa

Wlademir Roberto Vieira Junior

Advogado da CAIXA no Paraná

Procurador Estatal

Formado em Direito pela Universidade Tuiuti

do Paraná - UTP

*Pós-graduado em Direito Público com ênfase em
processo civil pela Fundação Escola do Ministério*

Público do Paraná - FEMPAR-PR

*Pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil
pela Centro Universitário UNICURITIBA*

Ruy Alves Henriques Filho

Magistrado junto ao Tribunal de Justiça do Paraná

Professor do Centro Universitário Curitiba

Mestre pela UFPR

Doutorando pela Faculdade de Direito da

Universidade de Lisboa

Professor da Escola da Magistratura do Paraná

RESUMO

Embora o processo civil tenha sido essencial e inicialmente pensado para dirimir os litígios individuais que emanavam das relações jurídicas materiais, a sociedade moderna massificada, sobretudo, pelas relações de consumo exige do atual processo civil mecanismos de pacificação social em massa que atendam a um só tempo a segurança jurídica, a uniformização e estabilização da jurisprudência e a consagração do princípio da isonomia substancial. Para tanto, o processo civil brasileiro de origem na família da *Civil Law* tende a se apropriar de institutos e fundamentos da *Common Law*, como os precedentes jurisprudenciais que norteiam e permeiam o novel sistema de resolução de casos repetitivos previsto pelo novo Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Pacificação social. Tutelas coletivas. Recursos repetitivos. Demandas repetitivas.

ABSTRACT

Although the civil process has been essential and initially thought to settle individual disputes emanating from legal

relations materials, mass modern society, especially the consumer relations, requires the current civil procedure social peace mechanisms mass that meet at the same time legal certainty, uniformity and stabilization of jurisprudence and the consecration of the principle of substantial equality. To this end, the Brazilian Civil Procedure origin in the Cível Law family tends to appropriate institutes and foundations of the common law, as the legal precedents that guide and permeate the novel resolution system of repetitive cases foreseen by the new Civil Procedure Code.

Keywords: Social pacification. Collective guardianships. Repetitive resources. Demands repetitive.

Introdução

O presente artigo tem por escopo a análise crítica dos mecanismos de pacificação social em massa do moderno processo civil, com ênfase ao atendimento da entrega da tutela jurisdicional tempestiva, de qualidade e eficaz. Antes, porém, do mote central, será abordado o acesso à justiça e suas implicações teóricas e práticas para o processo.

Com a evolução da sociedade e, sobretudo, dos meios de produção e de circulação de mercadorias e serviços, novas formas de litígios passaram a fazer parte do cotidiano das pessoas, o que levou ao abarrotamento do Poder Judiciário com ações individuais massificadas, que em grande escala tratam de poucas situações jurídicas materiais.

O processo civil do século XX, pensado para as ações individuais, era incapaz de dirimir as lides que diuturnamente se apresentavam, o que ocasionava grande morosidade e plena instabilidade e incerteza jurídica, já que ações essencialmente idênticas, à exceção de uma das partes, acabavam por receber tratamentos distintos e eram solucionadas de maneiras diversas, o que violava o princípio da isonomia.

Diante desse cenário, o moderno processo civil criou alguns mecanismos de pacificação social em massa, como, por exemplo, a sistemática de julgamento de recursos repetitivos e o incidente de resolução de demandas repetitivas, bem como os microcosmos do processo coletivo.

Nesse caminhar, o processo civil pátrio de origem na família da *Civil Law* tem se apropriado de institutos e conceitos do modelo da *Common Law*, como a normativa dos precedentes jurisprudenciais e do *stare decisis*. Resta, no entanto, saber se a aproximação dos modelos jurídicos será capaz de promover, de

fato, a pacificação social por meio da entrega da tutela jurisdicional tempestiva, efetiva e de qualidade ao mesmo tempo em que se visa à estabilidade e à uniformização da jurisprudência.

1 Acesso à justiça e seus consectários

Para que bem se possa compreender o real significado do acesso à *justiça* (e à própria *ordem jurídica justa*), primeiramente cabe destacar que tal questão não se forma visando apenas e tão somente à proclamação de teses acadêmicas, sendo importante reconhecer, sim, que somente existe tutela de interesses concretos, isto é, inseridos no contexto das relações jurídico-materiais próprias do convívio social.

Se o Estado, por meio do direito (material e processual), desempenha de fato a missão de eliminar e prevenir os conflitos de interesses, mantendo com isso a ordem social e, por conseguinte, a própria sociedade, a todos deve ser garantido o pleno acesso à justiça, por meio de mecanismos e garantias que permitam aos jurisdicionados o acesso a uma tutela jurídica justa e, principalmente, efetiva.

Para os vanguardistas Cappelletti e Garth (1988, p. 12), o acesso à justiça é o mais básico dos direitos, devendo ser assegurado por todos os Estados realmente compromissados com os direitos humanos, sob o risco de serem declarados afonicamente, sem garantia efetiva aos seus destinatários.

Ainda na óptica dos referidos estudiosos:

O acesso [à justiça] não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 13).

E muito se fala em acesso à justiça, sem, contudo, entender de fato o que seria justamente a justiça, que, segundo o *Digesto* de Ulpiano, “É dar a cada um o que é seu”, seja àquele que a procura ou nela queira ingressar (mote objeto deste tópico), seja ao terceiro estranho à relação jurídica material. Certo é que o conceito de justiça é algo bastante subjetivo, vago e amplo, dependendo a sua valoração, entre outros, dos usos e costumes locais donde se deu aquilo que então se pretenda julgar (fazer justiça).

No entanto, ao menos na visão de Rawls (1997, p. 3-4), tanto a justiça quanto a verdade (e, diga-se de passagem, guardam tais expressões íntima ligação, conquanto se pretenda por meio da justiça alcançar a verdade, quando esta por si só não se fez naturalmente) se constituem em virtudes primeiras de toda e qualquer atividade humana.

Já por acesso à justiça deve-se entender não somente o sentido literal da expressão “acesso”, como forma de ingresso, mas também, e sobretudo, deve ser assegurado ao jurisdicionado (autor, réu e terceiros) um processo com meios e mecanismos que mitiguem os óbices sociais, políticos e jurídicos em que está envolta a sociedade.

Outro não é o entendimento de Cintra, Grinover e Dinamarco (2009, p. 39) acerca do real significado do acesso à justiça:

Acesso à justiça não se identifica, pois, com a mera admissão ao processo, ou possibilidade de ingresso em juízo. [...] para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente (inclusive em processo criminal), sendo também condenáveis as restrições quanto a determinadas causas (pequeno valor, interesses difusos); mas, para integralidade do acesso à justiça, é preciso isso e muito mais.

Como se vê, o mero emprego da expressão acesso à justiça, desvinculado de um efetivo agir, não garante a finalidade do processo. Ou seja, para a plena consecução de sua missão social, de pacificador de conflitos, mostra-se imperioso, de um vértice, tomar consciência global de todo o sistema (político, social e jurídico) e, de outro, erradicar os óbices que impedem o bom acesso à justiça a todos.

Para Cappelletti e Garth (1988, p. 15): “Em outras palavras, quantos dos obstáculos ao acesso efetivo à justiça podem e devem ser atacados. A identificação desses obstáculos, consequentemente, é a primeira tarefa a ser cumprida.” E esses óbices se situam em quatro pontos sensíveis, todos ligados diretamente com a ordem constitucional, conforme se passa a observar.

1.1 A admissão ao processo (ingresso em Juízo)

A admissão em Juízo do titular de um direito agredido ou ameaçado deve ser garantida independentemente de sua situação econômica, posição religiosa, política etc., quer seja para defender algo em nome próprio (artigo 6º do Código de Pro-

cesso Civil), quer seja para se valer de ações coletivas na defesa de direitos ou interesses transindividuais, mediante legitimação extraordinária, tal como a tutela nos moldes do artigo 81 da Lei nº 8.078/90.

Particularmente, no tocante ao aspecto econômico, cumpre destacar que o Estado, como fato notório que dispensa maiores comentários, normalmente não possui renda própria, senão pela arrecadação de tributos, o que o faz de maneira vinculada (estando sujeita à sanção administrativa a autoridade que não o fizer) à ocorrência de cada fato gerador que se amolde perfeitamente à hipótese de incidência legalmente prevista, conforme artigo 142 parágrafo único do Código Tributário Nacional.

Parte da receita estatal é destinada à manutenção do Poder Judiciário, o que não exclui a cobrança de outros valores, quer seja estatizada, quer seja privada a escritania, serventia ou secretaria que preste auxílio ao Juízo. Além disso, é sempre bom ressaltar que os bons préstimos ofertados pela Defensoria Pública mal suprem a demanda que diuturnamente se apresenta, tendo a parte, na grande maioria dos casos, de contratar advogado, o que lhe implica, por óbvio, mais custas, como os necessários honorários daquele profissional. Isso sem mencionar que a parte vencida no embate jurídico terá ao final, por força do princípio da sucumbência, de arcar, além dos honorários de seu patrono, com os da parte vencedora, o que resulta, sem maiores complicações matemáticas, em um “pagamento em dobro”, fator consubstanciador de uma barreira ao acesso à justiça, como observaram Cappelletti e Garth (1988, p. 16-18). Para os citados autores, os óbices relativos aos altos custos são mais sensivelmente sentidos pelas causas que versem sobre pequena monta.

Destarte, para viabilizar-se o ingresso ao processo, é necessário que o Estado desenvolva um aparato normativo e instrumental com tal escopo, permitindo que os economicamente menos favorecidos também possam solucionar seus conflitos, conhecendo, assim, o significado e o sabor da justiça. O Estado brasileiro compadece e é partícipe desse intento, tanto que fora editada em 1950 a Lei nº 1.060, que disciplina os benefícios da assistência judiciária gratuita e dá outras providências. Posteriormente, com a Constituição de 1988, a matéria em questão foi alçada ao ápice do ordenamento pátrio, constando, hoje, do inciso LXXIV, do artigo 5º, da Norma Maior. Aliás, nesse aspecto, vale destacar a recente – e crescente – possibilidade de se demandar em Juízo na defesa de interesses supraindividuais.

1.2 O modo-de-ser-do-processo

Por esse ponto deve ser entendido e superado o óbice da posição passiva do juiz para com as partes e o processo. Não deve o magistrado atuar como mero figurante da relação processual, ao contrário. Deve ele adotar posição de protagonista – sem neutralidade – e participar ativamente do processo na incessante busca do melhor deslinde possível.

Mas não somente pelo juiz ativo deve ser entendida essa questão, eis que aqui também se insere o devido processo legal e os meios e recursos a ele inerentes. Dessa forma, incumbe ao julgador intermediar e conduzir a relação processual, assegurando às partes todos os instrumentos e mecanismos que satisfaçam a relação processual concreta, da mesma forma que a abstrativamente prevista; sempre no intuito de se buscar a maior resolutividade possível.

O modo-de-ser-do-processo exprime então a escorreita forma pela qual o juiz, parte imparcial (embora afastado da neutralidade), deve conduzir o feito que lhe é apresentado para solução, a fim de propiciar aos sujeitos parciais o atendimento de todas as garantias e princípios constitucionais/processuais.

Lembra-se que o escopo de atuação do direito, isto é, sua causa final, é a promoção da paz em sociedade. O Judiciário, mais que um Poder, representa um genuíno meio de solução de conflitos intersubjetivos, diante de casos concretos que exigem a efetiva tutela estatal de direitos individuais e coletivos. Com efeito, o Juiz, no exercício de seu mister, há de se guiar pelo *dever* de atuação em prol dos objetivos traçados em normas jurídicas substanciais, fazendo do processo o caminho necessário ao cumprimento da obrigação assumida pelo Estado quando da assunção do monopólio da justiça.

Nas palavras de Barroso (2001, p. 125), ao Poder Judiciário

cabe prestar a jurisdição, que é a atividade estatal destinada a fazer atuar o direito objetivo, promovendo a tutela dos interesses violados ou ameaçados. A função jurisdicional é, tipicamente, de restauração da ordem jurídica, quando vulnerada, e destina-se à formulação e à atuação prática da norma concreta que deve disciplinar determinada situação.

Assim sendo, faz-se imperioso que o magistrado imponha ao processo um modo-de-ser no sentido de que por meio desse mecanismo de solução dos conflitos haja, também e principalmente, o acesso à justiça e, como assinalado alhures, à ordem

jurídica justa, esta compreendida naquele ideal de “dar a cada um o que é seu”, sem que para tanto haja a colocação de obstáculos meramente burocráticos e formalistas, muito menos se deixe de atender à determinação de celeridade, nos moldes do artigo 5º, LXXVIII, da Constituição da República.

Sem tal propósito, isto é, caso se abandone a finalidade de promoção da paz social como razão de ser da movimentação do processo, corre-se o risco, inclusive, de uma autoflagelação do Judiciário.

Sobre esse *perigo de autoneutralização*, Canela Júnior (2011, p. 111):

[...] dada a amplitude da jurisdição constitucional, o Poder Judiciário trouxe para o interior do processo as grandes questões nacionais. Como detentor da solução final dos conflitos, cabe exclusivamente ao Poder Judiciário aferir o âmbito de sua atuação. Destarte, a única forma de neutralização do Poder Judiciário, no Estado Democrático.

Sem falar aqui de questões tais como o decisionismo ou ativismo judicial, fato é que cabe ao Poder Judiciário assumir seu primeiro e real papel, o de garantir a concretização dos mais variados direitos individuais e coletivos, o que se deve dar pela compreensão do processo como meio e mecanismo de implementação da certeza – decorrente da definitividade e coercitividade das decisões judiciais –, bem como da realização dos bens da vida; seja pela criação de instrumentais, seja pela supressão de barreiras que só se prestam para evitar o acesso à justiça e à ordem jurídica justa.

1.3 Justiça das decisões

A justiça das decisões guarda estreita relação com o tópico anterior, o modo-de-ser-do-processo. A diferença reside no ponto de ser aquele mais abrangente e por estar voltado a todo o processo, desde a propositura da ação por meio da peça inicial aos instantes imediatamente anteriores a cada ato de decidir, sendo este então o traço que cuida este item.

Da mesma forma ativa que a do item anterior, cabe ao juiz proceder com o intuito de garantir uma decisão célere, eficiente e justa. Não obstante, aqui o julgador deve se pautar em seu senso próprio de justiça ao: a) apreciar e deliberar sobre a pertinência e finalidade das provas; b) enquadrar os fatos e os acontecimentos do mundo fenomênico às normas e categorias jurídicas; e c) interpretar textos de direito positivo.

A justiça das decisões está intimamente atrelada ao postulado final do processo enquanto mantenedor da ordem social. Por isso, o processo deixa de lado a absoluta formalidade e tecnicidade para dar lugar ao urbanismo e à humanidade das decisões proferidas e calcadas sobre um convencimento racional e motivado do juiz.

Nisso, tem-se que todo e qualquer raciocínio, conclusão e ato judicial deve atender a uma causa funcional que traga ao escopo de atuação do Direito os valores relacionados aos próprios fins do Estado, isto é, uma *razão de ser*, está representada pela dignidade da pessoa humana em seus imensuráveis arranjos, bem como por aqueles objetivos estampados no artigo 3º da Constituição da República, mormente o de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Dáí o esclarecimento feito por Bedaque (2009, p. 23-24) (ao tratar do instrumentalismo processual), no sentido de que o processo merece ser concebido, acima de tudo, como sendo uma ferramenta inspirada pela *ética*.

Ademais, uma vez que a prestação jurisdicional há de estar voltada à obtenção de um provimento que dê à parte vencedora do litígio o efetivo direito ao bem da vida disputado, novamente se observa que o processo não constitui um fim em si próprio, mas sim um instrumento destinado à própria reafirmação do direito material sobre o qual se embasa a relação jurídica processual estabelecida.

A justiça das decisões mediante o processo, portanto, cada vez mais se afasta da simples atmosfera acadêmica – e até mesmo legalista –, para encontrar no chão da realidade que ampara os interesses em conflito o seu autêntico e lúcido valor de legitimação, qual seja, o de promover a paz social. Chega-se, pois, aqui ao dilema segundo o qual nem toda ilegalidade é injustiça, eis que o direito positivo (material e processual), científico e incompleto, não raramente se mostra exíguo e impraticável.

Com a maestria que lhe é peculiar, Dinamarco (2009, p. 30) expõe:

Tudo andaria muito bem se o legislador não fosse um ser humano e tivesse a capacidade de prever rigorosamente tudo quanto na vida comum pode acontecer. Mas, como a vida é muito mais rica do que a imaginação do legislador, na experiência comum surgem situações que, contrariando as expectativas, não comportam as soluções postas nos textos do direito positivo. Às vezes, porque não foram previstas, não se acham incluídas nas *fattispecie* legais e para elas nada

está disposto; temos aí as lacunas da lei, para as quais a teoria jurídica oferece soluções aceitáveis. Outras vezes, o caso concreto apresenta conotações específicas tão discrepantes dos *standards* presentes na mente do legislador, que, não-obstante um juízo puramente dedutivo pudesse conduzir a reputá-lo disciplinado segundo certos cânones, uma valoração acurada desaconselha que isso seja feito. Daí a imperfeição de toda ordem jurídico-positiva, a ser superada pela atuação inteligente e ativa do juiz empenhado em fazer com que prevaleçam os verdadeiros princípios da ordem jurídica sobre o que aparentemente poderia resultar dos textos.

Em outras palavras, para que se fale em decisões justas, não raramente deverá o magistrado se abjurar de certos dogmas estabelecidos *a posteriori* para fundamentar provimento final próprio da tutela jurisdicional em preceitos éticos, com surgimento empírico, isto é, provenientes do direito natural, porque os valores históricos fundamentais estabelecidos pelo povo – titular de autoridade – não podem ser simplesmente “rasgados” diante do ordenamento positivo.

1.4 A efetividade das decisões

O acesso à justiça precisa ser compreendido como um todo conglobante, isto é, de maneira que permita não só a universalidade de ingresso ao Judiciário – seja pelos economicamente menos favorecidos, seja na defesa de direitos supraindividuais (tutelas coletivas) – mas também garanta a justiça e a efetividade das decisões, passando, antes dessas, pelo modo-de-ser-do-processo, já que foi justamente no intuito de satisfazer a efetividade das tutelas jurisdicionais que se concebeu falar em novas técnicas processuais, a exemplo das medidas cautelares e antecipatórias e da própria tutela coletiva de direitos.

A efetividade das decisões visa, em suma, dar a cada litigante aquilo que lhe é próprio de direito, assegurando, com isso, além da tutela jurisdicional, uma prestação jurisdicional justa e efetiva. Ocorre que por vezes o direito do suplicante encontra-se de certa maneira bastante lesionado ou muito próximo disso, não dispondo o litigante de lastro temporal a esperar a final prestação jurisdicional, senão a receber de imediato por meio de uma antecipação parcial ou total (tutela antecipatória) ou outra forma que coloque a salvo seu direito (tutela cautelar).

Todavia, o clamor da sociedade por uma tutela célere e eficaz que restabeleça ou resguarde seu direito não faz desaparecer a necessidade de uma conduta cautelosa a ser adotada pelo

juiz diante de um pedido cautelar ou antecipatório. O magistrado tem de ser sensível ao ponto de coabitar com condutas restauradoras e preventivas, aptas e suficientes para a um só tempo atender a pretensão do pedinte autor, sem com isso lesionar a esfera de direito do relutante réu, como observou Mesquita (2002, p. 155).

Dinamarco (2002, p. 114) chama a atenção para o que entende ser o único meio de garantir, de fato, “a universalização da tutela jurisdicional”. Para tanto, propõe não somente uma reforma extraprocessual relativa aos pontos supracitados mas também uma reestruturação endoprocessual, pautada no trinômio tempestividade, efetividade e qualidade da prestação da tutela jurisdicional, consoante assim aduz:

Mesmo quando se reduza ao mínimo suportável a chamada *litigiosidade contida* (Kazuo Watanabe), restam ainda as dificuldades inerentes à *qualidade* dos serviços jurisdicionais, à *tempestividade* da tutela ministrada mediante o processo e a sua *efetividade*. Isso significa que não basta alargar o âmbito de pessoas e causas capazes de ingressar em juízo, sendo também indispensável aprimorar internamente a ordem processual, habilitando-a a oferecer resultados úteis e satisfatórios aos que se valem do processo. Um eficiente trabalho de aprimoramento deve pautar-se por esse trinômio, não bastando que o processo produza decisões intrinsecamente justas e bem postas, mas tardias ou não traduzidas em resultados práticos desejáveis; nem sendo desejável uma tutela jurisdicional efetiva e rápida, quando injusta. Para a plenitude do acesso à justiça imporá remover os males resistentes à universalização da tutela jurisdicional ao aperfeiçoar internamente o sistema, para que seja mais rápido e mais capaz de oferecer soluções justas e efetivas. É indispensável que o juiz cumpra em cada o dever de dar efetividade ao direito, sob pena de o processo ser somente um exercício improdutivo de lógica jurídica. Tal é mesmo *dever do juiz* estabelecido no art. 125, inc. II, do Código de Processo Civil (DINAMARCO, 2002, p. 114, grifos do autor).

Rawls (2000, p. 47) entende que a todos deve ser assegurado um projeto satisfatório de direitos e liberdades básicas e iguais, que assegure, sobretudo, a igualdade de oportunidades e privilegie os menos favorecidos. E, quanto a isso, Cappelletti e Garth (1988, p. 29) também entendem que reformas são necessárias a fim de assegurar o pleno e efetivo acesso à justiça, porém atentam para o fato de que uma barreira isolada das demais não pode ser removida, sem que, com isso, cause nefastos efeitos em

outro ponto. Assim, uma reforma somente será eficaz quando muito bem orquestrada e desde que seja adotada como um todo sobre o sistema e não isoladamente, como já se expôs.

2 Dos mecanismos de pacificação social em massa

Até as décadas de 70 e 80 o processo civil era estritamente voltado para a resolução de conflitos individuais, o que retratava as lides oriundas das relações jurídicas materiais existentes à época.

Com o florescer dos direitos fraternais de terceira dimensão, materializados, sobretudo, pela circulação de bens e serviços em massa, surgiu uma nova forma de conflito intersubjetivo de interesses, em que uma circunstância fática ou uma relação jurídica base atingia inúmeros e incontáveis indivíduos que tinham de se socorrer de ações individuais para resolverem seus litígios.

Essa nova forma de demandar em Juízo, atrelada ao crescente movimento de acesso à justiça, fez com que o Poder Judiciário ficasse abarrotado de processos individuais que em grande parte tinham a mesma causa de pedir ou o mesmo pedido, o que ocasionou uma grande morosidade na entrega da tutela jurisdicional pleiteada.

Com vistas a minimizar a morosidade e otimizar o julgamento da maior quantidade de casos semelhantes possível a partir de poucas demandas representativas acerca do tema, o processo civil moderno erigiu algumas ferramentas de solução de conflitos em massa, entre as quais pode se citar a temática sobre as súmulas vinculantes, art. 103-A da CRFB/88, o mecanismo de julgamento antecipado a que alude o art. 285-A do CPC, o pedido de uniformização da interpretação da lei federal no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis Federais, art. 14 da Lei nº 10.259/2001, a repercussão geral atribuída ao recurso extraordinário, art. 543-A do CPC e § 3º do art. 102 da CRFB/88, e os mecanismos a seguir abordados.

2.1 Da tutela coletiva e seus consectários

Com o evoluir da sociedade, os direitos individuais de primeira dimensão e os direitos sociais de segunda dimensão passaram a ser ineficazes à adequada tutela dos novos direitos que se colocavam entre os indivíduos e o Estado, surgindo com isso a terceira dimensão dos direitos fraternais comuns a um grupo indeterminado de pessoas, ligadas entre si por uma circunstância fática ou jurídica em comum.

Em um primeiro momento, essa nova categoria de direito era sintetizada por organismos de classe ou grupo. Daí o porquê de sua primeira nomenclatura como direitos coletivos. Porém, com as facilidades geradas pela globalização, as empresas passaram a se instalar em diversos países pelo globo, indeterminando com isso as pessoas atingidas por suas práticas comerciais, sendo certo, no entanto, que o liame entre elas se dava por uma relação fática ou jurídica em comum.

Com essa evolução, o direito antes denominado apenas de coletivo passou a ser denominado de direito coletivo *lato sensu*, transindividual ou metaindividual. Assim, o processo teve de acompanhar essa nova fórmula de demanda que se apresentava na sociedade moderna, em que aquela tutela individual não mais era capaz de dirimir com satisfatividade e tempestividade as lides coletivas e transindividuais emergentes.

Nesse sentido, a tutela coletiva de direitos também surge como meio a possibilitar o resolutivo acesso à justiça, evitando-se provimentos de alcance restrito quando necessária e adequada uma decisão de maior amplitude. Em outros termos, o manejo de demandas hábeis à produção de efeitos além das partes – afastadas das tradicionais balizas entre autor e réu – por certo se apresenta como mecanismo próprio da atual sociedade de massa, complexa por essência e reclamante de ações mais céleres e efetivas.

Nas palavras de Mancuso (2012, p. 83):

Ante um tão largo espectro, fica evidente a insuficiência ou a inaptidão do processo tradicional, voltado à resolução de conflitos de perímetro estreito, entre sujeitos determinados, geralmente restritos à crise jurídica. Hoje, o processo deve dar um *salto de qualidade*, não só em relação à sua técnica tradicional, mas, sobretudo, em seu escopo, que deve ir além do tecnicismo jurídico, para atingir uma meta mais ampla e ambiciosa, qual seja a da *pacificação, com justiça dos megaconflitos sociais* que em escala crescente afluem ao Judiciário pelo viés das ações coletivas.

Aliás, nesse aspecto, vale destacar a recente – e crescente – possibilidade de se demandar em Juízo na defesa de interesses supraindividuais, o que pode ser feito pela ação popular (Lei nº 4.717/1967), pela ação civil pública (Lei nº 7.347/1985), pela defesa coletiva do consumidor em Juízo (Lei nº 8.078/1990), pela ação de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992) ou pelo emprego do mandado de segurança coletivo (artigo 5º, inciso

LXX da Constituição Federal), sem que haja adiantamento de custas e outras despesas, salvo comprovada má-fé (artigo 18 da Lei nº 7.347/1985).

Contudo, como observam Cappelletti e Garth (1988), a defesa em Juízo dos direitos difusos não é das mais fáceis tarefas, mas muito se vem avançando nesse sentido. Para os autores:

Interesses 'difusos' são interesses fragmentados ou coletivos, tais como o direito ao ambiente saudável, ou à proteção do consumidor. O problema básico que eles apresentam – a razão de sua natureza difusa – é que ou ninguém tem direito a corrigir a lesão a um interesse coletivo, ou o prêmio para qualquer indivíduo buscar essa correção é pequeno demais para induzi-lo a tentar uma ação. [...] Assim, conquanto, como regra, a proteção privada de interesses difusos exija ação de grupo, é difícil assegurar que tal ação coordenada tenha lugar, se o próprio governo falha [...]. É profundamente necessário, mas reconhecidamente difícil, mobilizar energia privada para superar a fraqueza da máquina governamental (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 26-28).

Essa inovação vem de encontro à norma prevista no artigo 6º do Código de Processo Civil, a qual prevê que ninguém poderá postular em Juízo direito alheio em nome próprio, mitigando, assim, nos casos supracitados, a “injustiça” de tal comando legal, eis que desde meados de 1980 a doutrina passou por uma transformação significativa, de modo que houve revisão fundamental dos institutos processuais que outrora se encontravam intocáveis.

Portanto, foi a partir da compreensão de que a sociedade apresentava novas formas de conflitos de interesses – impossíveis de serem classificados de acordo com a clássica dicotomia entre direito público e privado – que se impôs a criação e o desenvolvimento de técnicas próprias dessa nova realidade das sociedades de massa e inseridas no aumento e na universalização dos direitos.

Sem a pretensão de tecer considerações exaustivas sobre a tutela coletiva e sua sistemática, fato é que essa modalidade de atuação jurisdicional hoje se apresenta como *vertente metodológica do instrumentalismo substancial* (LEONEL, 2011, p. 29), a fim de que se deem à sociedade respostas condizentes com o escopo de pacificação social.

Dentre as diversas características dos direitos e interesses que amparam a tutela coletiva (sujeitos, vinculação entre eles, divisibilidade do objeto etc.), destacam--se a conflituosidade interna e a mutabilidade no tempo, de maneira que o Direito

como um todo deve acompanhar tais circunstâncias, para, com isso, afastar-se de soluções atomizadas, ganhando contornos de maior amplitude, em atendimento à economia processual.

Outro aspecto particularizado que merece destaque frente às tutelas coletivas é a coisa julgada produzida nos processos coletivos. Da limitada coisa julgada *inter partes inculpida no art. 472 do CPC aplicável aos processos individuais em que os efeitos da coisa julgada não beneficiam nem prejudicam a terceiros, as ações da sociedade em massa clamam por efeito* mais abrangente que de uma só vez resolva a maior quantidade de processos ou situações litigiosas possível.

Assim, a coisa julgada sofreu uma grande releitura e adaptação ao processo coletivo, assumindo contornos mais abrangentes de acordo com o direito coletivo pleiteado e conforme o resultado da demanda, características que eram impensáveis às ações individuais.

Nesse caminhar, surge a coisa julgada *secundum eventum litis* e *in utilibus*, com efeitos *erga omnes* e *ultra partes* (CDC art. 103 I e II), a fim de estender os benefícios do manto protetor da coisa julgada ao maior número de interessados possíveis, sem que cada um tenha de ingressar com a mesma ação de conhecimento para obter um pronunciamento jurisdicional.

No entanto, se a ação coletiva for julgada improcedente por insuficiência de provas, outro legitimado poderá intentar novamente a mesma ação, desde que se valha de nova prova, efeito que recebe o nome de inoponibilidade da coisa julgada. Em outras palavras, a coisa julgada não prejudicará os interessados em caso de julgamento de improcedência por insuficiência probatória.

Sublinhe-se ainda que a ação coletiva não gerará litispendência para as ações individuais que versem sobre o mesmo tema. Porém, para que a ação individual possa ser beneficiada pelos efeitos da coisa julgada produzida na ação coletiva, é necessário que a parte solicite a suspensão de sua ação individual em até 30 dias da ciência de que corre uma ação coletiva, consoante o art. 104 do CDC.

Acerca do transporte *in utilibus* dos efeitos da coisa julgada oriunda do processo coletivo, o art. 103 § 3º estabelece que a coisa julgada a que alude o art. 16 da lei de Ação Civil Pública nº 7.347/85 não prejudicará as ações individuais por danos pessoalmente experimentados. Mas, em caso de procedência da ação coletiva, a coisa julgada beneficiará os interessados e seus sucessores que solicitarem a suspensão das ações individuais nos moldes do art. 104 do CDC.

Todavia, caso a ação coletiva seja julgada improcedente, não se poderá ajuizar uma nova ação coletiva com o mesmo objeto. Entretanto, a lei não veda que os particulares ingressem com ações individuais sobre o tema. Com isso o legislador garantiu a inafastabilidade da jurisdição, prevista no art. 5º XXXV da CRFB/88, além de conferir utilidade ao sistema das ações coletivas.

No caso das ações coletivas que versem sobre direitos individuais homogêneos não há nenhuma previsão de que não haverá coisa julgada material caso a demanda seja julgada improcedente por insuficiência de provas. Caberá, contudo, ao interessado propor ação individual, mas não outra ação coletiva sobre o mesmo mote.

Sobre a execução das ações coletivas, mister destacar que elas podem ser realizadas tanto de forma coletiva, art. 98 do CDC, quanto de forma individualizada por cada interessado, ocasião em que ao menos se inicia o processo já na fase de execução, já com a certeza do direito a ser liquidado e efetivado.

Porém, mesmo com a existência desse subsistema próprio de resolução de conflitos em massa, as ações individuais sobre as mesmas e poucas questões de direitos, situações repetitivas continuam a se multiplicar e a abarrotar o Poder Judiciário com questões que poderiam ser mais bem dirimidas com a correta utilização desse sistema.

Há em verdade uma subutilização desse sistema, quicá, em parte alavancada pela falta de vontade política, materializada pelos seguintes fatores:

a) em primeiro lugar, o número de legitimados não é suficiente, sobretudo há uma deficiência na quantidade de associações que possam ingressar com ações coletivas na defesa dos interesses dos associados, de modo que não é comum o ajuizamento de ações coletivas, ainda mais diante das diversas situações massificadas que se apresentam diuturnamente;

b) em segundo, a própria lei de Ação Civil Pública proíbe, no § 1º do artigo 1º da Lei nº 7.347/85, a utilização da ACP na defesa de interesses sobre tributos, contribuições previdenciárias, FGTS e outros fundos dos quais os participantes possam ser individualmente determinados;

c) na sequência, cita-se a opção política do legislador à época da redação do CDC em prestigiar a inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário das ações individuais que versem sobre a mesma questão discutida na ação coletiva, o que incentiva a reprodução de ações individuais acerca das mesmas questões que poderiam ser dirimidas pelo uso daquelas ações em massa;

d) por fim, salienta-se a aberração legislativa erigida pelo artigo 16 da Lei nº 7.347/85 e pelo art. 2º da Lei nº 9.494/97, que no atendimento dos interesses do Poder Público acaba por limitar a eficácia da coisa julgada, criando a monstruosa figura da coisa julgada territorial, o que culmina por fragmentar as ações coletivas, desvirtuando a própria essência do processo coletivo e do milenar instituto da coisa julgada.

Fora isso, as tutelas coletivas, *data venia*, quando bem utilizadas em prol da sociedade de massa e por legitimados engajados na defesa dos direitos de seus associados ou representados, constituem-se em uma importante ferramenta à disposição da sociedade apta a garantir o acesso à justiça e a entrega de uma tutela jurisdicional mais célere, efetiva e de qualidade.

Por fim, ao se permitir o acesso à justiça ao maior número possível de interessados, sem que haja excesso de formalismo durante o modo-de-ser-do-processo, certamente os provimentos jurisdicionais estarão mais próximos da efetividade que a sociedade tanto pleiteia em tempos atuais e, por consequência, far-se-á um pouco mais de justiça, dando a cada um a devida satisfação de tocar a ordem jurídica justa.

2.2 Dos recursos repetitivos

Outro mecanismo de pacificação social em massa que se pode destacar do moderno processo civil é a temática sobre os recursos repetitivos introduzida no âmbito do STF pela Lei 11.418/06, que acrescentou o art. 543-B ao CPC, e na seara do STJ pela Lei nº 11.672/08, que adicionou o art. 543-C ao mesmo código. No novo CPC, Lei n. 13.105/2015 ainda em *vacatio legis*, os recursos repetitivos são disciplinados conjuntamente pelos artigos 1.036 a 1.041.

A sistemática sobre o julgamento dos recursos repetitivos consiste na escolha pelo presidente ou vice-presidente dos Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais de um ou mais recursos representativos da controvérsia sobre questão de direito já discutida em outros recursos e a remessa desses recursos-piloto ou paradigmáticos ao STJ, ficando sobrestados os demais recursos no âmbito daqueles Tribunais.

O relator do recurso especial no STJ, verificando que não foi adotada a medida prevista no § 1º do art. 543-C do CPC e constatando que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão dos recursos nos tribunais de segunda instância, bem como solicitar informações àqueles tribunais ou

ainda permitir a participação de pessoas, órgãos ou entidades que tenham interesse na solução da controvérsia nos termos do art. 543-C §§ 2º a 4º do CPC e art. 1.038 do novo CPC.

Recebidas as informações de que trata o § 3º ou a participação do *amicus curiae* a que alude o § 4º do art. 543-C do CPC, terá vistas dos autos o Ministério Público por 15 dias, após o que o recurso será julgado com preferência de pauta à exceção dos apelos em que se discuta situação de réu preso ou habeas corpus, consoante os §§ 5º e 6º do mesmo dispositivo legal. O § 4º do art. 1.037 do novo CPC inova ao prever que os recursos repetitivos deverão ser julgados no prazo máximo de um ano, após o que cessará a afetação e a suspensão dos recursos e processos sobrestados, podendo outro relator, no entanto, promover nova afetação de dois ou mais recursos paradigmáticos, nos termos dos §§ 5º e 6º do art. 1.037 do novo diploma legal.

A alteração do entendimento de tese jurídica estabelecida no julgamento de recursos repetitivos poderá ser precedida de audiência pública ou de participação de pessoas, entidades de classes ou órgãos que possam auxiliar na rediscussão da tese, consoante o § 2º do art. 927 do novo CPC. Nessas hipóteses também pode haver a modulação dos efeitos da decisão, a fim de propiciar a segurança jurídica e o interesse social, § 3º do mesmo dispositivo, como muito bem observou Marinoni (2011, p. 223), consoante trecho que segue:

[...] quando os precedentes ou a jurisprudência consolidada são levados a sério, a sua estabilidade requer especial cuidado. Isto porque, como chega a ser intuitivo, a revogação de jurisprudência consolidada pode causar surpresa injusta a todos aqueles que nela pautaram suas condutas. Daí porque é imprescindível, na lógica jurídica estribada na autoridade e na obrigatoriedade dos precedentes, atentar para os efeitos da decisão revogadora de precedente ou de jurisprudência consolidada [...]. Nesta dimensão a eficácia das sentenças exige estudo renovado, desconhecido da tradição do nosso direito processual, na qual não existia lugar para pensar em modulação dos efeitos temporais para preservar a segurança jurídica [...], estimula a reflexão que segue, voltada a elaborar uma teoria da eficácia temporal das decisões revogadoras de precedentes obrigatórios.

Publicado o acórdão do STJ em recurso repetitivo, os recursos especiais sobrestados na origem terão seu seguimento denegado, em caso de o acórdão recorrido guardar similitude de entendimento com o acórdão do STJ, e serão novamente exa-

minados quando o acórdão recorrido divergir do entendimento adotado pelo STJ, hipótese em que, uma vez mantida a decisão do tribunal estadual ou federal, far-se-á novo exame de admissibilidade do recurso especial sobrestado, consoante §§ 7º e 8º do art. 543-C do atual CPC e art. 1.040 do novo CPC.

Vê-se nesse procedimento uma tentativa de promover a pacificação e verticalização do entendimento adotado pelos tribunais superiores a ser seguido pelos tribunais de segunda instância, a fim de atender a segurança jurídica e viabilizar a celeridade processual, uma vez que o julgamento de poucos recursos paradigmáticos serviria de modelo a ser adotado aos demais casos semelhantes.

Contudo, o entendimento sufragado pelo inciso II do § 7º e § 8º do art. 543-C do CPC ao permitir o novo exame de admissibilidade do recurso especial sobrestado, cuja controvérsia acabou de ser dirimida pelo STJ em análise de recurso-piloto, parece se distanciar e estar em dissonância com a própria lógica do sistema de julgamento dos recursos repetitivos.

Explica-se: se o julgamento do recurso-piloto exprime o atual posicionamento dos tribunais superiores sobre a controvérsia de direito, esse entendimento tem de ser aplicado a todos os recursos excepcionais que versem sobre o tema, esteja o acórdão do tribunal de origem alinhado ou não à decisão paradigmática esposada pelos tribunais superiores. Se a medida visa garantir a celeridade processual e assegurar a segurança jurídica, não é razoável permitir a subida de recurso que traz em seu bojo questões de direito que acabaram de ser objeto de apreciação pela instância extraordinária, dando assim maior aplicabilidade ao *stare decisis*.

Em que pese o julgamento dos recursos repetitivos por amostragem contribuir sobremaneira para a diminuição do número de recursos que tratam dos mesmos casos no âmbito dos tribunais superiores, favorecendo, assim, a mitigação da pulverização dos entendimentos e evitando a dissonância da jurisprudência, ocorre por vezes de o tribunal de segundo grau sobrestar algum ou mais recursos que não guardam relação com o recurso-piloto, o que prejudicaria a parte interessada, que acabaria por receber um julgamento distinto da situação vivenciada nos autos.

Nessas situações de equivocado sobrestamento de recurso especial ou extraordinário dissonante da tese jurídica discutida, o que deve a parte interessada fazer?

O atual CPC não prevê qual atitude deveria ser adotada pela parte que se julgue prejudicada com a equivocada suspensão

de seu processo, o que foi dirimido pelos §§ 8º a 13º do art. 1.037 do novo CPC, que estabelece que as partes deverão ser intimadas do sobrestamento de seus recursos e/ou processos, devendo a parte que se julgar prejudicada provar a distinção entre o seu caso e aquele paradigmático. Dessa manifestação terá vistas por cinco dias a parte contrária, e, permanecendo a suspensão, a parte interessada poderá interpor agravo de instrumento se o processo sobrestado estiver em primeiro grau ou agravo interno direcionado ao relator nos demais casos.

Nesse diapasão emerge a ideia de que ao sistema de resolução de recursos repetitivos devem ser aplicadas as técnicas que balizam a formação e a utilização dos precedentes jurisprudenciais.

Quando um recurso extraordinário ou especial paradigmático da controvérsia instaurada nos tribunais de segundo grau sobe ao seu tribunal de destino para julgamento, isso quer dizer que o tribunal superior terá de analisar a problemática com grande responsabilidade e parcimônia, já que estará criando um precedente a ser aplicado a todos os outros recursos sobrestados na origem.

Em outras palavras, a técnica de resolução dos recursos repetitivos mesclou-se com a técnica dos precedentes. Isto é, firmado um precedente, uma razão de decidir a um recurso-piloto, essa razão de decidir deve ser aplicada a todos os outros casos que guardem identidade com o recurso que gerou o precedente.

Sobre a *ratio decidendi* dos precedentes, bem observou Donizetti ([2014]):

É importante esclarecer que o que forma o precedente é apenas a razão de decidir do julgado, a sua *ratio decidendi*. Em outras palavras, os fundamentos que sustentam os pilares de uma decisão é que podem ser invocados em julgamentos posteriores. As circunstâncias de fato que deram embasamento à controvérsia e que fazem parte do julgado não têm o condão de tornar obrigatória ou persuasiva a norma criada para o caso concreto [...].

Porém, se o caso posterior for dissonante daquele que gerou o precedente ou o recurso sobrestado retratar matéria diversa daquele recurso paradigmático, como indagado alhures, o precedente deve ser afastado por meio da técnica do *distinguishing*. Essa técnica da distinção deve ainda ser aplicada ao novo caso que contenha uma particularidade não apreciada e julgada pelo caso que gerou o precedente.

Da mesma forma o precedente deve ser afastado em caso de restar superado ou obsoleto aos novos casos que se apresentam, pela chamada técnica do *overruling*.

Destarte, se o julgamento do recurso-piloto irá formar um novo precedente, parece mais razoável que a demonstração de que há um *distinguishing* ou um *overruling* deva ser feita no âmbito do tribunal superior que irá processar e julgar o recurso paradigmático, pois é ele que tem condições de vislumbrar se o recurso sobrestado guarda ou não identidade de matéria com o recurso-padrão.

Outro aspecto que desperta a atenção sobre a temática dos recursos repetitivos situa-se na indagação sobre em qual tribunal deve ser intentada a ação cautelar que visa atribuir efeito suspensivo à execução provisória.

É cediço que os recursos destinados à instância extraordinária, os recursos especiais e extraordinários, não são dotados de efeito suspensivo, pelo que a parte até então vencedora na demanda pode promover a execução provisória do julgado nos termos do art. 475-O do atual CPC ou art. 520 do novo CPC.

Aliás, tamanha é a importância dos precedentes a serem formados pelos tribunais superiores no julgamento dos recursos repetitivos que a execução provisória do julgado que se fundar naqueles precedentes dispensa o oferecimento de caução, nos termos do art. 521 IV do novo CPC.

No entanto, naqueles casos em que a execução provisória do julgado pode acarretar à parte executada lesão grave de difícil ou incerta reparação, pode o interessado promover o ajuizamento de ação cautelar no tribunal de origem se não realizado o Juízo de admissibilidade do recurso – súmula 634¹ do STF, ou aforar a ação cautelar no âmbito do tribunal superior se promovido o Juízo de admissibilidade – enunciado 635² do STF.

Nos processos não afetos ao sistema dos recursos repetitivos não remanescem maiores dúvidas acerca da competência dos tribunais para o ajuizamento das ações cautelares. Situação diversa ocorre, no entanto, quando há no feito um recurso sobrestado pela utilização do mecanismo dos recursos repetitivos.

Se a solução fosse a aplicação estrita dos enunciados 634 e 635 do STF, o desfecho seria simples: ajuizar-se-ia a cautelar no

¹ “Súmula 634. Não compete ao Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário que ainda não foi objeto de juízo de admissibilidade na origem.”

² “Súmula 635. Cabe ao Presidente do Tribunal de origem decidir o pedido de medida cautelar em recurso extraordinário ainda pendente do seu juízo de admissibilidade.”

tribunal de segundo grau naqueles feitos em que o recurso está sobrestado e no tribunal superior naqueles em que o recurso foi tido como paradigma e subiu para análise.

Porém, essa decisão simplista não atende o espírito embutido nos enunciados nem mesmo promove a aplicação do melhor entendimento ao caso *sub judice*. Lembra-se, primeiramente, que os recursos sobrestados podem nunca chegar a ter o Juízo de admissibilidade prévio realizado, uma vez que podem ser julgados de acordo com o acórdão do STF ou STJ nos casos previstos no art. 543-C § 7º I.

Destaque-se, ainda, que, embora o recurso suspenso não tenha sofrido o Juízo de prelibação prévio, outro recurso representativo sobre o mesmo tema está aguardando o julgamento pelo tribunal superior, o que implica dizer que virtualmente o próprio recurso sobrestado estará sendo julgado pelo tribunal superior.

No mais, quem tem condições prévias de virtualmente projetar o desfecho do recurso e, por conseguinte, tem competência para processar e julgar a ação cautelar é o próprio tribunal superior que irá julgar o recurso-paradigma, até porque a jurisdição do tribunal de segundo grau esgotou-se com a prolação do acórdão recorrido.

Contudo, não foi esse o entendimento esposado pelo STF no julgamento da questão de ordem da Ação Cautelar nº 2.177, em que a Suprema Corte estabeleceu o entendimento de que os enunciados 634 e 635 aplicam-se também à temática dos recursos repetitivos.

Esse entendimento autoriza a forte presunção de que o sistema dos recursos repetitivos foi erigido no Brasil com vistas a diminuir ao máximo o fluxo de recursos no âmbito dos tribunais superiores, o que tem sido alcançado, uma vez que tem havido uma grande diminuição da chegada de recursos aos tribunais superiores.

E ainda que a sistemática dos recursos repetitivos conte com alguns opositores, tal medida é salutar, ainda mais em um país litigioso como o Brasil, que conta com quase 100 milhões de processos em trâmite perante o Poder Judiciário, segundo os dados do CNJ (FREIRE, 2014).

É preciso, no entanto, que os tribunais superiores tomem consciência de que a benesse de terem menos processos para julgamento implica a responsabilidade de formação de precedentes com qualidade que ajudem na promoção da uniformização e na estabilização da jurisprudência, o que será mais bem alcançado com a adoção das técnicas atinentes aos precedentes.

2.3 Do incidente de resolução de demandas repetitivas

O novo CPC, Lei 13.105/2015, inovou no cenário nacional ao prever nos arts. 976 a 987 o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, doravante denominado simplesmente de IRDR.

O IRDR brasileiro buscou inspiração no sistema alemão de julgamento de processos em massa do *Musterverfahren*, consoante aduz Nunes (2014):

O incidente de resolução de demandas repetitivas, IRDR, é supostamente inspirado no *musterverfahren* do direito alemão, mas dele se afastou, tanto na vigência material, como no procedimento, quanto nas consequências, não sendo adequado, hoje, assimilar os dois institutos. É certo, porém, que O IRDR tem o claro objetivo de atender às demandas da sociedade de massas.

O IRDR consiste em um mecanismo de julgamento de processos em massa, por meio de um só incidente, que visa garantir a segurança jurídica e a isonomia de tratamento, quando sobre uma determinada tese unicamente de direito houver multiplicidade de processos, art. 976 I e II do novo CPC.

Semelhantermente ao que ocorre com a sistemática dos recursos repetitivos, mesmo em caso de desistência ou abandono do IRDR não haverá extinção do processo, mas sim julgamento de mérito do incidente, devendo o Ministério Público, se não for o requerente, atuar como substituto e encampar a titularidade do incidente, que poderá ser novamente proposto em caso de falência de um de seus pressupostos, §§ 1º a 3º do art. 976 do novo CPC.

O IRDR não está sujeito ao preparo de custas processuais, nem mesmo pode ser intentado se já houver recurso especial ou extraordinário afetado sobre a mesma questão de direito repetitiva, consoante os §§ 4º e 5º do mesmo dispositivo legal.

O pedido de instauração do IRDR será direcionado ao presidente do Tribunal e será instruído com os documentos necessários à comprovação dos pressupostos do pleito. O julgamento tocará ao órgão indicado pelo regimento interno de cada tribunal responsável pela uniformização da jurisprudência, arts. 977 e 978 do novo CPC.

Outra semelhança com o sistema de julgamento dos recursos repetitivos reside na possibilidade de o relator do incidente ouvir órgãos ou entidades que possam auxiliar no deslinde do IRDR (convocação do *amicus curiae*). O incidente será julgado

no prazo de um ano e terá preferência sobre os demais casos, à exceção dos processos que envolvam o tratamento de réu preso e a concessão de *habeas corpus*. Durante esse anuênio, os processos individuais ou coletivos que versem sobre a mesma tese de direito a ser resolvida ficarão suspensos, após o que terão seu fluxo normal, salvo decisão em sentido contrário do relator do IRDR, consoante os artigos 980, 982 e 983 do novo CPC.

Julgado o IRDR, a tese jurídica firmada será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos sob a jurisdição do tribunal prolator da decisão, inclusive aos Juizados Especiais, bem como será aplicada aos casos futuros que venham a discutir a mesma questão firmada no IRDR, ressalvada a hipótese de revisão do incidente, consoante art. 985 do novo CPC. Não observada pelos Juízes ou Tribunais a resolução desfechada no incidente, caberá reclamação, § 1º do mesmo dispositivo.

Da decisão de mérito do incidente caberá recurso especial ou extraordinário, conforme o caso. Os recursos serão dotados de efeito suspensivo, inclusive já estando presumida a repercussão geral do recurso extraordinário, e a sua resolução será aplicada a todas as ações individuais ou coletivas que versem sobre a mesma questão de direito, nos termos do art. 987 do novo CPC.

Interessante notar que o novo CPC deu maiores atribuições aos Juízes, em hipóteses bem mais dilatadas daquelas hoje previstas no art. 125 do atual CPC, incumbindo ao Magistrado, inclusive, oficiar os legitimados do art. 5º da Lei nº 7.347/85 e do art. 82 do CDC, para que, uma vez verificada a multiplicidade de ações individuais sobre uma mesma questão de direito, os legitimados possam ingressar com a ação coletiva competente, nos termos do art. 139 X do novo CPC.

O novel código adjetivo civil alargou também as hipóteses de julgamento de improcedência liminar atualmente previsto no art. 285-A do CPC, possibilitando que o Juiz indefira liminarmente a inicial estando defronte a uma ação contrária ao entendimento firmado em julgamento de recursos repetitivos ou de IRDR, nos termos do art. 332 II e III.

Aplica-se também ao IRDR tudo quanto já falado aqui anteriormente sobre os precedentes, como muito bem observou Branco Neto (2011):

Possivelmente, o incidente de resolução de demandas repetitivas será um instrumento que trará maior racionalidade à técnica processual ao visar à uniformidade da jurisprudência. A função dos tribunais superiores é a de uniformizar a jurisprudência. Com isto,

a proposição de filtrar recursos e criar mecanismos como o referido incidente se coaduna com a política que vem sendo implementada no Código de 1973 e agora aperfeiçoada a partir da experiência de maior valorização aos precedentes. Se a grande distinção entre os sistemas da common law e da civil law está na fonte do direito, o que para o nosso sistema romano-germânico a lei é fonte primeira, já para o direito da common law, a jurisprudência situa-se no nível mais alto das fontes jurídicas. Isto significa que hoje tem havido uma maior aproximação do direito nacional a esta família, onde a lei continua ser fonte primária do direito, mas há uma tendência a valorizar a jurisprudência criativa como fonte de direito.

Frente a essas breves considerações, emerge a conclusão de que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, se bem utilizado e compreendido pelos aplicadores do direito, será uma importante ferramenta à disposição da sociedade moderna no atingimento do postulado final do processo civil de promover por meio da entrega da prestação jurisdicional justa, tempestiva, de qualidade e eficaz a pacificação social e o assecuramento da estabilização da jurisprudência.

Conclusão

Parafraseando Bauman (2001), é possível dizer que o atual processo civil pátrio vive uma modernidade líquida, vez que os sólidos dogmas das ações individuais sobre os quais antes se asentava o processo civil se liquefizeram e se reagruparam em novos moldes que permitem a resolução de casos repetitivos, como a sistemática de resolução de recursos repetitivos, o incidente de resolução de demandas repetitivas e as tutelas coletivas, alhures comentados.

A fluidez do moderno processo civil brasileiro também se verifica com a proximidade do modelo de direito da *Common Law*, a partir da utilização dos institutos dos precedentes jurisprudenciais e do *stare decisis*, que permeiam e norteiam a sistemática de resolução de casos repetitivos previstos pelo novo Código de Processo Civil.

Indubitavelmente o novo CPC foi pensado e concebido em uma sociedade massificada pelas relações jurídico-materiais, daí o porquê de sua preocupação em prever mecanismos de pacificação social em massa que atendam simultaneamente a estabilização e a uniformização da jurisprudência ao mesmo tempo em que privilegiem a confiança e a segurança jurídica aos jurisdicionados.

Tais mecanismos, se bem utilizados, representarão um grande passo do Poder Judiciário brasileiro rumo à celeridade processual, uma vez que as lides repetitivas poderão ser rapidamente dirimidas com a utilização dos precedentes formados pela sistemática de casos repetitivos.

Destarte, como o processo, tal como o direito, vem a reboque da sociedade, tem de se amoldar e evoluir juntamente com ela, pois só assim será capaz de atender aos seus anseios, na incessante busca da manutenção da ordem social, escopo final este que somente será alcançado pela atividade conjunta dos Poderes Constituídos por meio de elaboração de leis mais sábias, melhor gestão da máquina pública em prol da coletividade e, principalmente, sensata aplicação da melhor interpretação da lei ao caso concreto.

Referências

- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. São Paulo: Renovar, 2001.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Detzian. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo: influência do Direito material sobre o processo**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BRANCO NETO, Ney Castelo. Primeiras impressões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto do novo CPC. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011. Não paginado. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9463>. Acesso em: 2 jul. de 2015.
- CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A nova era do processo civil**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 2. ed. Rev. e Atual. São Paulo: Malheiros, 2002. v. I.
- DONIZETTI, Elpidio. **A Força dos Precedentes do Novo Código de Processo Civil**. [2014]. Não paginado. Disponível em: <<http://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/155178268/a-forca-dos-precedentes-do-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

FREIRE, Tatiane. **Número de processos baixados cresce 9,3% em cinco anos, mas não alcança demanda.** In: Agência CNJ de Notícias, 23 set. 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/60538-numero-de-processos-baixados-cresce-93-em-cinco-anos-mas-nao-alcanca-demanda>>. Acesso em: 31 ago. 2015.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual de Processo Coletivo.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada:** teoria geral das ações coletivas. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia Temporal da Revogação da Jurisprudência Consolidada dos Tribunais Superiores. **Revista Ma-gister de Direito Civil e Processo Civil**, Porto Alegre, v. 44, p. 223-248, set.-out. 2011.

MESQUITA, Eduardo Melo de. **As Tutelas Cautelar e Antecipada.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Coleção Estudo de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, v. 52.

NUNES, Jorge Amaury Maia. **Resolução de demandas e recursos repetitivos no novo CPC.** 2014. Não paginado. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI212189,11049-Resolucao+de+demandas+e+recursos+repetitivos+no+novo+CPC>>. Acesso em: 24 jul. 2015.

RAWLS, John. **O Liberalismo Político.** Tradução Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça.** Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

O cumprimento de sentença por quantia certa: a nova relação com o trânsito em julgado e a necessidade do requerimento do vencedor

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 da Faculdade de Rondônia - FARO

Coordenador da Pós-Graduação em Processo Civil da Uninter/FAP

Vice-Presidente do Instituto de Direito Processual de Rondônia - IDPR

Membro da Associação Norte-Nordeste de Professores de Processo - ANNEP

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

Juliana Dal Molin de Oliveira Lemos

Advogada

Bancária na Caixa Econômica Federal

Bacharel em Economia pela Universidade Federal de Rondônia - UNIR

Bacharel em Direito pela Faculdade de Rondônia - FARO

Pós-Graduada em Direito do Consumidor pela Faculdade Estácio

Pós-Graduada em Processo Civil pela Uninter/FAP

RESUMO

Este artigo analisa o rito do cumprimento de sentença no novo Código de Processo Civil, com a inclusão do requerimento do exequente como marco inicial desse procedimento, com a retirada de vínculo do trânsito em julgado às sanções impostas

para o inadimplemento, gerando um reflexo diferente ao instituto nessa fase processual, como uma nova visão processual sobre esse momento executório. O intuito deste trabalho passa pela realização de um estudo sobre os impactos pertinentes a essa nova forma do cumprimento de sentença e a desvinculação dessa fase ao trânsito em julgado.

Palavras-chave: Cumprimento de sentença. Trânsito em Julgado. Requerimento do Vencedor. Multa pelo inadimplemento.

ABSTRACT

This article examines the rite of serving sentence in the new code of civil procedure, with the inclusion of the application of execution creditor e as the starting point of this procedure, with the withdrawal of bond of *res judicata* to sanctions imposed for non-performance, generating a different reflection to the office at this stage of the procedure, such as a new vision of the procedure on this moment enforceable. A study on the impacts related to this new form of execution of a sentence and the untying of this phase to transit in trial.

Keywords: Execution of a sentence. *Res Judicata*. Application of the Winner. Fine by the respondent.

Introdução

Com a entrada em vigor do CPC/2015, muitas e importantes mudanças são percebidas em vários pontos legais e na rotina de todos os operadores do Direito, que se deparam com os mais diversos questionamentos sobre dúvidas e situações que, em alguns casos, dependerão de um certo tempo até que sejam pacificadas e entendidas dentro de nosso ordenamento jurídico.

Este artigo foi idealizado com o propósito de, dentro das alterações trazidas pelo novel ordenamento em relação ao cumprimento de sentença, auxiliar e esclarecer pontos fundamentais acerca desse instituto, especificadamente na sua forma por quantia certa, enfrentando e desmistificando os temas e seus desmembramentos.

O cerne das principais alterações está na nova relação do cumprimento de sentença por quantia certa com o trânsito em julgado e a necessidade do requerimento do vencedor, exequente, formalizando o início dessa nova fase processual, sobre a qual nos debruçaremos para minuciosa análise.

1 O cumprimento de sentença no CPC/2015

Uma vez a sentença prolatada, com uma definição jurídica sobre a questão – ainda que somente de extinção com condenação em honorários –, há a possibilidade de se pleitear o cumprimento desta, com a finalidade de que o que foi proferido pelo juízo seja realizado. Dessa maneira, com o trânsito em julgado dessa decisão, esta se torna um título executivo judicial, com força para possibilitar a busca pela efetividade do direito decidido na sentença (ou qualquer decisão proferida no processo civil).

O CPC/2015 nos apresenta a base legal geral do cumprimento de sentença disposta em seu artigo 513, seguindo até o seu artigo 519, através de um parâmetro geral de todas as espécies de cumprimento de sentença e depois se dividindo em outros capítulos específicos como o cumprimento provisório, o cumprimento de sentença para obrigação de fazer ou não fazer, o cumprimento de sentença para entrega de coisa e o cumprimento de sentença de quantia certa, sendo este o tema delimitado neste presente estudo.

O cumprimento de sentença é o título II do Livro I, nomeado Do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença, da Parte Especial do Código de Processo Civil, compreendendo os artigos 513 a 538, que regulam as disposições gerais sobre o cumprimento de sentença, o cumprimento provisório e o definitivo de sentença que reconhece obrigação de pagar quantia, o cumprimento de sentença que reconhece obrigação alimentar, o cumprimento de obrigação de pagar quantia pela Fazenda Pública, o cumprimento de sentença que reconhece exigibilidade de obrigação de fazer, não fazer e de entrega de coisa (MACEDO, 2016, p. 449).

Observamos que o cumprimento de sentença no CPC/2015 inicia-se, em regra, mediante a iniciativa da parte vencedora, que agora passar a denominar-se de exequente, com a necessidade de impulso sobre o feito para que se inicie a fase de cumprimento, seja de sentença ou de uma decisão, alterando-se, em comparação ao CPC/73, a relação do trânsito em julgado com a fase de cumprimento de sentença.

1.1 A problemática do nome: cumprimento de sentença

O art. 515 estipula quais os títulos executivos judiciais possíveis no CPC/2015, atrelados ao rito do cumprimento de sentença, os incisos discorrem, especificadamente, sobre as hipóteses. A primeira e mais importante, constante no inciso I desse artigo,

acaba por ser as “decisões proferidas no processo civil que reconheçam a exigibilidade de obrigação de pagar quantia, de fazer, de não fazer ou de entregar coisa”.

O novel ordenamento não emprega mais a nomenclatura de “sentença condenatória” para o principal dos títulos executivos, mas sim decisões proferidas no processo, descrevendo o alcance do cumprimento e adaptando as modalidades executórias judiciais às novas formas de decisões que são plausíveis no CPC/2015. Wambier et al. (2015, p. 845) explicam essa mudança da seguinte maneira:

Registra-se, de início, que o dispositivo é mais amplo, reconhecendo que além das sentenças, (todas) as decisões proferidas no processo civil que reconheçam a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia – tenham elas natureza de sentença ou de decisão interlocutória – são títulos executivos.

Nesse ínterim, não é mais correto que seja mantido o termo cumprimento de sentença, com a adequada correção para cumprimento de título executivo judicial, nem mesmo admitindo que se seria cumprimento de decisão judicial, já que um dos títulos descritos no art. 515 não são decisões judiciais propriamente ditas, como a sentença arbitral.

1.2 A nova relação do trânsito em julgado com o cumprimento de sentença

No CPC/73, o trânsito em julgado guardava uma relação imensa com o cumprimento de sentença, apesar da necessidade de requerimento para o cumprimento de sentença efetivar-se, o início da contagem do prazo para o cumprimento voluntário se dava naquele momento, contando o prazo de 15 dias para que o pagamento pelo vencido mesmo sem apresentar-se o valor correto para proceder o cumprimento devido da decisão.

O trânsito em julgado imputava¹, por causa do revogado art. 475-J, a necessidade de o vencido cumprir espontaneamente a sentença, sob pena de multa de 10% do valor da condena-

¹ “Nada obstante, entende-se que a definitividade da execução/cumprimento de sentença ainda se caracteriza pelo trânsito em julgado, porquanto não mais passível de reforma ou modificação o título executivo, exurgindo daí, portanto, a imutabilidade necessária para a expropriação de bens do devedor e consequentemente afastamento do direito constitucional de propriedade sem as restrições caucionatórias do cumprimento provisório” (OLIVEIRA, 2016, p. 410).

ção, o que levava a relação intrínseca do cumprimento com o trânsito em julgado, com uma sanção imediata em caso de inércia pelo vencido. Por mais que o STJ, ao longo da última década, a respeito da incidência de tal artigo, tenha mudado por diversas vezes o entendimento² sobre o momento em que o prazo de 15 dias realmente começava – do trânsito em julgado em qualquer jurisdição, da volta ao primeiro grau ou da intimação do vencido –, havia uma relação imensa com o trânsito em julgado e o cumprimento, desvincilhando essa mencionada multa de qualquer iniciativa processual pelo exequente.

Com o advento do CPC/2015, o trânsito em julgado não tem mais essa influência sobre qualquer sanção ao executado, tampouco lhe impõe que realize o pagamento em qualquer prazo. Não há, dessa maneira, correlação entre o trânsito em julgado, o início do cumprimento ou, ainda, a cominação de multa.

² O STJ durante a última década, desde a Lei 11.232/2005, demorou a posicionar-se sobre o rito que o revogado art. 475-J detinha para o início do prazo para os 15 dias, seja para num primeiro momento optar pela forma automática à ocorrência do trânsito em julgado, ou, posteriormente, para optar pela necessidade de intimação para tal cumprimento. Segue ementa de acórdão no primeiro sentido:

“REsp 954859-RS (j. 16/08/2007, DJ 26/08/2007), LEI 11.232D 2005. ARTIGO 475-J, CPC. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. MULTA. TERMO INICIAL. INTIMAÇÃO DA PARTE VENCIDA. DESNECESSIDADE. 1. A intimação da sentença que condena ao pagamento de quantia certa consoma-se mediante publicação, pelos meios ordinários, a fim de que tenha início o prazo recursal. Desnecessária a intimação pessoal do devedor. 2. Transitada em julgado a sentença condenatória, não é necessário que a parte vencida, pessoalmente ou por seu advogado, seja intimada para cumpri-la. 3. Cabe ao vencido cumprir espontaneamente a obrigação, em quinze dias, sob pena de ver sua dívida automaticamente acrescida de 10%”.

Outro acórdão no mesmo sentido:

“[...] o termo inicial do prazo de que trata o artigo 475-J, caput, do Código de Processo Civil é o próprio trânsito em julgado da sentença condenatória, não sendo necessário que a parte vencida seja intimada pessoalmente ou por seu patrono para saldar a dívida” (AgRg no REsp 1076882/RS, 3ª Turma, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 23/09/2008, DJe 08/10/2008)”.

Contudo, posteriormente, houve uma guinada no posicionamento do STJ para entender que o prazo somente se iniciaria com a devida intimação do advogado da parte executada.

“[...] 2. A fase de cumprimento de sentença não se efetiva de forma automática, ou seja, logo após o trânsito em julgado da decisão. De acordo com o art. 475-J combinado com os arts. 475-B e 614, II, todos do CPC, cabe ao credor o exercício de atos para o regular cumprimento da decisão condenatória, especialmente requerer ao juízo que dê ciência ao devedor sobre o montante apurado, consoante memória de cálculo discriminada e atualizada” (EDcl no Ag 1136836/RS, 4ª Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 04/08/2009, DJe 17/08/2009).

O início do cumprimento somente será com a interposição de peça específica, pelo exequente, de requerimento para o início de tal fase e o lapso temporal para o pagamento dos valores da decisão pelo executado inicia-se com a intimação da decisão do juízo que defere o início da fase executória desse título jurídico, com a possibilidade deste fazê-lo em 15 dias.

Desta forma, não há mais qualquer interligação relacionada entre o prazo para o cumprimento e o trânsito em julgado de uma decisão, não se imputando ao executado nenhuma obrigação espontânea e ativa anterior ao requerimento do exequente, somente imputando-o ao pagamento após a devida intimação de decisão específica para tal desiderato, transformando esse momento em uma reação do executado, não mais uma ação ou obrigação.

Assim, nessa nova relação, com a necessidade do cumprimento do disposto no art. 523, considera-se que o trânsito em julgado somente é o motivo temporal pelo qual a decisão judicial transforma-se definitivamente em título executivo judicial.

1.2.1 A desvinculação do trânsito em julgado com o início da fase de cumprimento de sentença

Apesar de, superficialmente, esta alteração que desvincula a contagem de prazo entre o trânsito em julgado e o início do prazo para que o executado cumpra a obrigação parecer, de certa forma, um fator que apenas postergue o cumprimento da obrigação contida na decisão, cumpre entendermos essa alteração como uma forma de concessão de maior segurança às providências a serem adotadas pelo executado, transformando-as em uma consequência reativa ao requerimento inicial do cumprimento realizado pelo exequente.

O art. 513, § 1º impõe que o cumprimento de sentença somente se inicie a partir de requerimento feito pelo exequente, retirando toda e qualquer obrigatoriedade de manifestação pelo executado antes de ser intimado por tal requerimento, o que possibilita que, enquanto não seja realizado nenhum requerimento, não tenha nenhuma obrigação processual, tampouco sanção por descumprimento de sentença, já que não haveria, ainda, decurso de prazo de cumprimento para o executado.

O início da fase de cumprimento de sentença depende de iniciativa do exequente. [...] Ambos os §§ 2º e 3º do art. 513 suprem a lacuna do CPC de 1973, evidenciando que o início desta nova fase do processo, a de cumprimento de sentença (ao menos no que diz

respeito às obrigações de pagar quantia), depende de prévia intimação do executado (BUENO, 2016, p. 425).

Ao considerar a ideia de desvinculação da ocorrência do trânsito em julgado com o início de contagem de prazo da fase de cumprimento, culmina-se na mudança de posicionamento legal, pelo CPC/2015, retirando o excesso de sanção que existia ao vencido, futuro executado que tinha que cumprir a obrigação, sem a devida ciência do valor correto para tal desiderato, o que lhe imputava realizar o cálculo e cumprir a decisão transitada em julgado mesmo sem a certeza de realmente estar a cumprir a totalidade, já que o vencedor, possível exequente, não tinha a incumbência de fornecer, naquele primeiro momento, os cálculos para a determinação do quantum a ser executado para que houvesse a incidência da multa.

Esses cálculos somente eram necessários num momento pós-multa, já com o requerimento posterior à sanção com a própria inclusão da multa, uma vez que o pagamento estava interligado ao transcurso do trânsito em julgado.

Nos moldes propostos pelo art. 523, há a necessidade de interposição de requerimento, por iniciativa do exequente, fornecendo ao executado as informações necessárias para o correto e efetivo cumprimento da sentença. Não há, desse modo, nenhuma sanção ao executado sem uma devida manifestação anterior pelo exequente, corrigindo o equívoco sancionatório do ordenamento revogado, quando imputava ao executado realizado um cumprimento de uma importância que nem se sabia qual seria a real satisfação específica.

Nesse íterim, o CPC/2015 tem evidente êxito em determinar que o executado somente sofrerá possível sanção após a devida ciência, na dicção do art. 523, do quantum discriminado sobre o qual deve cumprir a obrigação imputada na decisão ou sentença transitada em julgado, não atrasando de maneira alguma o cumprimento, somente sistematizando o rito para que ocorra de forma satisfativa e efetiva, dentro do alcance específico que fora devidamente julgado.

1.3 A possibilidade de o vencido pagar voluntariamente a quantia certa

Cabe ressaltar que não há impossibilidade de o vencido espontaneamente providenciar o cumprimento daquele título judicial antes mesmo de qualquer requerimento do vencedor, futuro exequente. No ordenamento revogado, como já vimos, no

teor do antigo art. 475-J, havia a “sistemática do pague em quinze dias sob pena de multa de dez por cento, sem prejuízo de honorários advocatícios”, o que já se visualizava como uma obrigação do vencido em realizar ativamente o pagamento, desdobrando-se na obrigação de entender qual seria o quantum correto, ainda que o antigo dispositivo não impusesse todas essas indicações, o que somente a prática evidenciava tal desiderato (BUENO, 2016, p. 460).

No CPC/2015, a parte vencida pode, pela sua própria vontade, realizar o pagamento da quantia certa, mesmo antes de qualquer requerimento a ser realizado pelo credor, conforme estipulado pelo art. 526. Não há a determinação de um prazo para tal atitude, já que é uma possibilidade voluntária propiciada ao vencido, sem ser uma obrigação, o que decorre, portanto, de faculdade, não guardando nenhuma regra temporal para tanto.

Entretanto, evidentemente, não há, nesse momento, como o vencido ter a total ciência da quantia a ser cumprida, depositando o que entender como devido, com a devida discriminação do que entende como correto.

Nessa hipótese de o devedor, desde logo, já realizar o pagamento, ouvir-se-á a parte exequente, com o intuito de que seja certificado se houve ou não o devido pagamento no tangente aos cálculos e quantia ali depositada, com a possibilidade de arguir-se a insuficiência, caso necessário. Desse modo, sobre a quantia depositada, se o credor entender que foi realizado a menor, é este “quem passa a ter o ônus da impugnação específica” (NERY JR.; NERY, 2016, p. 1417).

Essa possível manifestação do credor dar-se-á no prazo de cinco dias, com a possibilidade de impugnação ou de aceite do valor, podendo levantar imediatamente a quantia incontroversa, na dicção do art. 526, § 1º. Sem a devida oposição do autor, o juízo procede ao julgamento com a extinção da obrigação e, entendendo que houve depósito insuficiente, aplicar-se-á a multa e honorários advocatícios, seguindo-se a execução somente em relação ao valor da diferença entre o que o foi depositado e o valor que o exequente pleiteou como devido.

Não contestado o valor depositado, o juiz extingue a execução. Se decidir pela impugnação do valor depositado, poderá levantar o valor não controvertido. Caso as alegações do credor quanto à correção do valor sejam acolhidas, além da continuidade da execução para cumprir o valor que não foi depositado pelo devedor, deverá ser aplicada a multa de 10% em razão do não pagamento voluntário, em concordân-

cia com a regra prevista no art. 523, §1º (NERY JR.; NERY, 2016, p. 1417).

Como se pode notar com o dispositivo legal, caso o devedor proceda à iniciativa de pagar o valor que entende devido antes de sua intimação e o juízo entenda que foi pago um valor inferior ao efetivamente devido, será automaticamente aplicada multa de 10% sobre o valor em aberto, também sendo fixados honorários advocatícios de 10% sobre esse valor.

Esta regra contraria o elogiável entendimento do Superior Tribunal de Justiça diante dessa circunstância sob a égide do Código de 1973 ao decidir que, sendo apurada diferença entre o valor pago pelo executado e o pretendido pelo exequente, não caberia a aplicação imediata da multa sobre o valor em aberto, devendo ser o executado novamente intimado a pagar a diferença em 15 dias, com a aplicação da multa condicionada ao não pagamento dentro desse prazo (NEVES, 2016, p. 1561).

A inovação do art. 526 possibilita que o vencido já se adiante no cumprimento de seu mister de adimplir a quantia ali vinculada; contudo, se houver diferença, o juízo já aplica a sanção da multa constante no art. 523, § 1º, junto com os honorários advocatícios, sem nenhuma possibilidade de que o vencido venha a realizar o pagamento em um determinado prazo.

Nesse ponto o legislador foi excessivamente lesivo ao vencido, pelo fato de que este tomou a iniciativa sobre o cumprimento da quantia ali disposta no título executivo e, ainda assim, se houver divergência, não será dado o prazo para que realize a adequação, tal qual o caput do art. 523 possibilita. Uma visão lesiva ao vencido que se equivoque nos cálculos, o que, de certa maneira, pode até desincentivar que proceda dessa maneira, podendo ser melhor que aguarde o requerimento do vencedor, com os cálculos realizados, tendo, então, a ciência de qual seria o valor entendido como devido pelo vencedor.

1.4 A ausência de sanção ao executado enquanto houver a inércia do exequente

No CPC/73, com a dicção do art. 475-J, na questão de o executado ser intimado para o cumprimento da sentença, não havia interligação do prazo com qualquer iniciativa do exequente, pelo fato de que o início do prazo para o devido pagamento era automático após o trânsito em julgado da sentença, no má-

ximo com a intimação específica, contudo o vencido, outrora executado, já estava sujeito às sanções cabíveis, caso não realizasse o adimplemento dentro do prazo processual estabelecido.

Já na visão do CPC/2015, a disposição é contrária, a contagem de prazo para o cumprimento da decisão ou sentença se desvinculou do trânsito em julgado e, conseqüentemente, tem como base a interposição de requerimento do exequente, o qual, mediante o art. 523, necessita da decisão do juízo acerca de tal petição, e é somente após a intimação desse ato decisório que o início do prazo para o adimplemento inicia-se, o que ocasiona só serem possíveis as sanções – multa e honorários advocatícios – após o transcurso do prazo.

Diante dessa situação processual, o exequente que realiza o ato processual para iniciar o cumprimento, sem esse ato, diante a possibilidade de ocorrer a inércia do vencedor/exequente, no sentido de não realizar o requerimento preconizado no art. 524, não haverá nenhuma previsão de sanção ao executado em função da inércia do exequente, visto que a ausência do requerimento obsta qualquer contagem de prazo para seu cumprimento.

Sem requerimento, sem ato processual do exequente, não há prazo para o adimplemento, o que, por lógica, impede qualquer sanção ao executado, trazendo uma nova realidade ao executado, que não guarda relação com o trânsito em julgado e pode permanecer aguardando tal intimação, após realizado o requerimento pelo exequente.

Dessa maneira, cumprirá ao exequente a responsabilidade de interposição do requerimento, estando a inércia incorrendo ao risco de se configurar ausência de interesse ao cumprimento, assim como incumbir em prescrição.

a pretensão executiva submete-se ao mesmo prazo prescricional da pretensão condenatória, conforme dispõe o enunciado 150 de súmula do STF: “Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação”. Portanto, o credor deve dar início ao cumprimento de sentença levando em consideração o prazo prescricional pertinente, cuja contagem se inicia com o trânsito em julgado da decisão a ser executada, nos termos do art. 202, parágrafo único, do Código Civil (STJ. AgRg no REsp 1.411.438/RJ. DJe 25.03.15) (MADRUGA; MOUZALAS; TERCEIRO NETO, 2016, p. 671).

Já ao executado, enquanto sobrevier a inércia do exequente, não caberá contagem de prazo, conseqüentemente também não incidirá sanção.

2 O novo início do cumprimento de título judicial: o requerimento do vencedor

Com a conceituação do cumprimento de sentença como a fase processual para buscar a efetividade da decisão condenatória transitada em julgado, almejando a satisfação específica daquele crédito ou obrigação de pagar quantia, continua a visualização deste como um procedimento sincrético, em sintonia com o processo de conhecimento anterior, aquele que definiu qual dos demandantes tinha o direito ali vincado. Não há uma cisão de processos, somente uma cisão procedimental, com a alteração, dentro do mesmo processo, de procedimentos, encerrando o conhecimento para iniciar o cumprimento daquele título judicial.

Evidente que o trânsito em julgado ainda guarda uma função enorme ao cumprimento de título judicial, já que será essa ausência de recurso ou o transcurso do prazo que concederá definitividade ao título judicial, bem como à execução deste, contudo a influência do trânsito em julgado sobre o início do cumprimento não vai mais além desta função preclusiva e formadora da coisa julgada, não guardando mais relação com o real início do cumprimento, qual seja: a necessidade de uma petição de requerimento realizada pelo exequente para tal desiderato, seguindo os parâmetros estabelecidos no art. 524.

No sistema a ser implementado pelo NCPC, o requerimento de cumprimento de sentença deverá ser instruído com demonstrativo discriminado e atualizado do crédito, devendo, ainda, conter os demais requisitos dos incisos do art. 538 (nome, CPF/CNPJ, índice de correção monetária adotado, taxa de juros de mora aplicada, dentre outros) (ALVIM; ALVIM, 2015, p. 225).

Nesse ínterim, há a necessidade, como preconiza o art. 523, de que haja o requerimento do vencedor, ora transformando-se em exequente, para o início do cumprimento de sentença, com a devida intimação do executado para o pagamento do débito, o qual deve vir totalmente discriminado, bem como com outros requisitos dispostos no art. 524.

2.1 A petição de requerimento do vencedor

Não há que se imaginar que no CPC/73 não havia uma petição do exequente sobre o impulso para o cumprimento de sentença, já que, apesar de o revogado art. 475-J imputar um prazo

para o vencido, se este permanecesse sem realizar o pagamento, havia a necessidade posterior do impulso pelo exequente.

O CPC/2015 alterou a importância e o momento dessa petição, imputando-a como uma autêntica inicial da fase de cumprimento, o que optamos por chamar de petição reinicial. Há toda uma sistematização desse ato, com a especificação detalhada, com base no disposto no art. 524, de toda a sua instrução:

Art. 524. O requerimento previsto no art. 523 será instruído com demonstrativo discriminado e atualizado do crédito, devendo a petição conter:

I - o nome completo, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica do exequente e do executado, observado o disposto no art. 319, §§ 1º a 3º;

II - o índice de correção monetária adotado;

III - os juros aplicados e as respectivas taxas;

IV - o termo inicial e o termo final dos juros e da correção monetária utilizados;

V - a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso;

VI - especificação dos eventuais descontos obrigatórios realizados;

VII - indicação dos bens passíveis de penhora, sempre que possível.

O intuito passou por delinear, de forma clara, sobre a quantia a ser cobrada, quais os valores específicos que instruem a petição de requerimento dessa nova fase processual, bem como pormenorizar o demonstrativo de atualização, com a indicação detalhada de todos os índices e informações, para que tanto o juízo quanto o executado tenham a devida ciência e entendimento lógico sobre a maneira aritmética com que o valor foi alcançado.

Sem o cumprimento dos requisitos constantes no artigo supracitado, não há como o juízo deferir a petição e o início da fase de cumprimento, concedendo, por ato contínuo, prazo para que realize a adequação ao mínimo necessário de informações.

2.1.1 A necessidade de qualificação das partes

Além do detalhamento do valor a ser cobrado na fase de cumprimento, há a necessidade de indicação do nome completo, o número de inscrição no CPF ou no CNPJ do exequente e do executado, com o intuito de atualizar as informações processuais, bem como cooperar para que seja efetiva a tentativa de penhora vinculada ao CPF ou CNPJ.

Desta forma, assegura o art. 524, I que, no caso de o exequente não conseguir dispor das informações recém-citadas, poderá requerer ao juiz, considerando ainda o princípio da cooperação processual, diligências necessárias para a obtenção delas. Essa hipótese é uma modificação do que preconizava o antigo ordenamento, já que não há possibilidade de diligências judiciais em busca de endereços.

Constam ainda duas hipóteses em que a petição de requerimento não será indeferida, ainda que não atenda as exigências já citadas, sendo uma das hipóteses a que seja possível a intimação do executado mesmo com a ausência de informações e, também, se restar comprovado que a obtenção de tais informações torna impossível ou excessivamente oneroso o acesso à justiça, observado o disposto no art. 319, §§ 1º a 3º.

Evidente que essa regra, em relação ao endereço, é menos importante no cumprimento de decisão ou sentença do que na execução extrajudicial, pelo fato de já existir um processo, sendo esta fase somente a continuidade da anterior. Contudo, se houver a necessidade de intimação pessoal, no endereço do vencido, essas informações e a possibilidade de suscitar o princípio da cooperação são bastante salutares.

2.1.2 O demonstrativo do *quantum* atualizado

Agora, além do requerimento para o início da fase de cumprimento, este deve vir com os cálculos – como já era no CPC/73, contudo o lapso temporal para o início do prazo para o pagamento é a intimação desse requerimento, com a possibilidade de fazê-lo em 15 dias.

Não há mais qualquer interligação com o trânsito em julgado, sendo este somente o motivo temporal pelo qual a sentença se transforma em título executivo judicial, e não mais o momento em que se inicia o prazo para pagamento.

Nesse sentido, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ainda sob a égide do CPC/73, assentou:

O cumprimento de sentença não se efetiva de forma automática, ou seja, logo após o trânsito em julgado da decisão. [...] cabe ao credor o exercício de atos para o regular cumprimento da decisão condenatória, especialmente requerer ao juízo que dê ciência ao devedor sobre o montante apurado, consoante memória de cálculo discriminada e atualizada (STJ. REsp 940.274/MS DJe 31.05.10). (MADRUGA; MOUZALAS; TERCEIRO NETO, 2016, p. 670).

Dessa forma, o exequente demonstra, de maneira discriminada, quais os valores que entende corretos, com base no art. 524, com o pedido de intimação do executado para o cumprimento, sob pena de multa e honorários. Essa necessidade altera a própria sistemática dessa fase no processo civil atual, já que impõe ao exequente a necessidade de atualização e definição do *quantum* a ser cobrado, com a devida intimação do executado para cumprir um valor definido e discriminado, com a possibilidade, em caso de divergência, de impugnar essa parte, como preconiza o art. 525.

Uma alteração pertinente, não imputando nenhuma atitude do executado sem ter a ciência do valor que o exequente entende como devido, passando o vencido a realizar atos processuais reativos, respondendo ao que se entendeu como devido pelo vencedor e não mais tendo de atualizar o débito e adimpli-lo, sem nem ter a ciência se estaria correto – a maior ou menor – conforme era a consequência da interpretação do revogado art. 475-J.

2.1.3 O pedido de intimação do vencido

O exequente, ao final da petição de requerimento do cumprimento, deve requerer ao juízo que, após a verificação de validade do pleito, proceda à decisão para a intimação do vencido para que realize o adimplemento no prazo de 15 dias, nos moldes do art. 523.

Se a intimação a respeito dessa petição é a base para uma nova fase processual, com o início dos procedimentos executórios, esse ato petitório deve conter o pedido para que o juízo proceda à intimação, utilizando as maneiras determinadas no art. 513, § 2º.

Apesar de a parte vencida poder cumprir a sentença transitada em julgado voluntariamente, deve haver, para fins de contagem do prazo para o cumprimento e a possível verificação de um inadimplemento, a intimação prévia para tal desiderato. A petição deve conter esse pedido para que se realize a devida intimação.

Assim, Bueno (2016, p. 425) destaca que

ambos os §§ 2º e 3º do art. 513 suprem a lacuna do CPC/73, evidenciando que o início desta nova fase do processo, a de cumprimento de sentença (ao menos no que diz respeito às obrigações de pagar *quantia*), depende de prévia *intimação* do executado, e vão além, pertinentemente, tratando da forma em que a

intimação deve ser realizada em diversas hipóteses, buscando, com a iniciativa, responder a diversos questionamentos existentes desde a Lei nº 11.232/2005.

2.1.3.1 As formas de intimação do vencido

O CPC/2015 determina que a fase de cumprimento somente se inicia a partir da petição em que o exequente a pleiteia, com o pedido de intimação do vencido, ora executado, para cumprir a obrigação de pagar quantia em 15 dias. Mas quais as possibilidades de intimação? O art. 513, § 2º determina as possibilidades de intimação em que se procede à ciência do executado, variando de acordo com cada demanda e situação hipotética, conforme visualizamos no supracitado artigo:

Art. 513 [...]

§ 2º O devedor será intimado para cumprir a sentença:
I - pelo Diário da Justiça, na pessoa de seu advogado constituído nos autos;

II - por carta com aviso de recebimento, quando representado pela Defensoria Pública ou quando não tiver procurador constituído nos autos, ressalvada a hipótese do inciso IV;

III - por meio eletrônico, quando, no caso do § 1º do art. 246, não tiver procurador constituído nos autos;

IV - por edital, quando, citado na forma do art. 256, tiver sido revel na fase de conhecimento.

A prioridade é que se realize a intimação do executado em nome do advogado constituído, via diário oficial. Essa possibilidade foi inserida no CPC/73, inaugurando o sincretismo processual entre a fase de conhecimento e a executória de título judicial, o que mudou a sistemática naquela época, passando à naturalidade dessa visão, com o CPC/2015 mantendo essa forma como a prioritária para a intimação do executado.

No entanto, quando não houver procurador constituído ou quando o devedor for representado pela Defensoria Pública, a intimação será feita diretamente para o próprio devedor, mediante carta com aviso de recebimento ou por meio eletrônico. Sem representação, não há como intimar o vencido em nome de seu representante, o mesmo acontece quando for pela Defensoria Pública, pelo fato de não ter vinculação idêntica ao procurador para a atuação, o que importa, em ambas as possibilidades, em intimá-lo pessoalmente.

A novidade passa pela intimação ser por via eletrônica, o que seria encarar o envio de um e-mail como base da ciência

sobre a mudança de fase, com o início do cumprimento de título judicial. Uma inovação enorme.

Tanto no endereço físico quanto no e-mail, caso o vencido não tenha mantido o cadastro processual atualizado, a simples remessa contará como válida a intimação, com o mesmo transcurso de prazo, o que leva a uma necessidade de atualização do endereço – físico ou e-mail – sempre que houver qualquer mudança ou alteração.

Outra possibilidade é o caso de, durante a fase de conhecimento, o devedor ser revel, situação em que a intimação poderá ser realizada por edital.

Caso a intimação ocorra somente um ano após o transcurso do trânsito em julgado, não existirá mais a possibilidade de ela ocorrer em nome do advogado, mas sim a necessidade de intimação pessoal do devedor. A visão é que o advogado do devedor, após esse tempo, não tem mais responsabilidade com aquele processo, o que inviabiliza que ele seja intimado para o cumprimento de sentença.

2.1.4 A possibilidade do pedido do protesto do título executivo judicial

O art. 517 do CPC/2015 traz uma importante inovação, possibilitando que a decisão judicial transitada em julgado seja levada a protesto por inadimplemento, nos termos da lei, após transcorrido o prazo de 15 dias para o pagamento voluntário. O intuito é criar uma forma diversa de sanção, com a restrição para o devedor de ter novos créditos, deixando evidente que não houve o adimplemento.

Até que haja o pagamento integral da obrigação, o nome do devedor, aquele que perdeu a decisão judicial transitada em julgado, ficará protestado, somente se procedendo à sua retirada com a comprovação do pagamento integral do débito, impondo, nesse caso, a retirada “por determinação do juiz, mediante ofício a ser expedido ao cartório, no prazo de 3 (três) dias, contados da data de protocolo do requerimento, desde que comprovada a satisfação integral da obrigação”.

2.2 O prazo para o adimplemento sem sanções

Diante da nova sistemática proposta no art. 523, com a necessidade de um requerimento para o início do cumprimento de decisão, com a intimação para tanto, o vencido, agora já executado, tem o prazo de 15 dias para realizar o pagamento sem nenhuma sanção – multa ou honorários.

Numa primeira análise, o executado tem o prazo idêntico do que dispunha o art. 475-J, já que também na mesma quantidade, contudo há a definição do início somente, como já vimos, após o requerimento pelo exequente e a devida intimação.

2.2.1 Prazo para adimplemento: dias úteis ou corridos?

O prazo para o adimplemento pelo vencido será, então, de 15 dias a contar da data da intimação da decisão. No entanto, o prazo para o cumprimento da sentença espontaneamente será contado em dia útil ou dia corrido? Uma pergunta pertinente, já que o art. 219 estipula que o prazo processual deve ter a contagem em dias úteis e fica a dúvida se tal prazo seria processual ou proveniente do direito material.

Inicialmente, há de se realizar a análise de que o prazo para o pagamento é pertencente ao direito material, pelo fato de imputar ao vencido um lapso temporal para o adimplemento da obrigação, ocasião em que se assim proceder encerra-se o processo com o devido cumprimento, sem necessitar de outros atos processuais executórios.

Por outro lado, há também reflexos no direito processual, interferindo no início do prazo da impugnação ao cumprimento, nos moldes do art. 525, quando não há nova intimação para o início de tal prazo, decorrendo automaticamente após o transcurso do prazo para o adimplemento sem tal feito. Ou seja, quem não realiza o pagamento no prazo de 15 dias, após este prazo, terá novos 15 dias para realizar a impugnação, quanto aos quais não se tem dúvida que são úteis, pela sua característica meramente processual.

Na linha do exposto no tópico anterior, creio ser um *prazo processual*, considerando (i) estar previsto na *legislação processual*, para a realização de um *ato processual* e (ii) trazer *consequências* processuais, as quais serão abaixo expostas. Ainda que haja, por óbvio, reflexos para fora do processo, como a não fluência de juros e o recebimento de valores pelo exequente, decorrente do pagamento. Contudo, como dito, a questão é polêmica, já existindo considerável divergência doutrinária a respeito do tema neste início de vigência do Código. E, do ponto de vista jurisprudencial, a divergência somente será afastada com a manifestação definitiva do STJ. Ou seja, vislumbra-se que por um bom tempo exista o debate a respeito do tema (DELLORE, 2016, grifos do autor).

Com essa visualização, conclui-se que os 15 dias determinados pelo art. 523 têm uma característica de um prazo híbrido, de natureza material, porém com reflexos processuais, enquadrando-o, pelo grau de influência na demanda, na contagem em dias úteis.

2.2.2 As consequências materiais do transcurso do prazo sem o pagamento

Nos moldes do art. 523, § 1º, com o protocolo do requerimento e a devida intimação do executado para cumprir o pagamento da quantia certa em 15 dias e não o realizando, há a cominação da multa no importe de 10% e, ainda, os honorários advocatícios em outros 10%. No antigo art. 475J, já revogado, havia somente a multa de 10%, sem a especificação dos honorários; somente com a pacificação via jurisprudência do STJ que estes foram tidos como devidos.³

Agora, de maneira específica, há estipulação clara sobre a incidência desses honorários, e não somente sobre a sua incidência, também há uma quantificação específica, do que não se tinha determinação na legislação anterior. O inadimplemento no prazo especificado para o adimplemento pelo vencido gera, dessa forma, duas sanções materiais específicas: multa e honorários advocatícios.

Esses valores sancionatórios – multa e honorários – não serão incluídos na petição de requerimento que pleiteia o início, pelo fato de que dependem, ainda, da inércia do executado para serem devidos, após o transcurso do prazo de 15 dias, quando então serão incluídos no montante determinado pelo credor, agora exequente.

³ STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL AgRg no REsp 1345624 RJ 2012/0202447-7 (STJ) Data de publicação: 14/02/2013

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. MULTA DO ART. 475-J DO CPC. INTIMAÇÃO DO ADVOGADO DO DEVEDOR, MEDIANTE PUBLICAÇÃO NA IMPRENSA OFICIAL. NECESSIDADE. PRECEDENTES. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A Corte Especial deste STJ, por maioria, no julgamento do Recurso Especial n. 940.274/MS, ocorrido em 7/4/2010, decidiu que o prazo de quinze dias previsto no art. 475-J do CPC passa a correr após o trânsito em julgado da sentença condenatória e com a aposição do "cumprase" pelo magistrado de primeira instância, concluindo, também, que a intimação desta decisão deve ser feita na pessoa do advogado do devedor, mediante publicação na imprensa oficial. 2. Os honorários advocatícios em fase de cumprimento de sentença, são cabíveis somente depois de escoado o prazo para pagamento voluntário a que alude o art. 475-J do CPC. 3. Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação de multa.

No entanto, pertinente salientar que o juízo precisa determinar, de maneira especificada, que existem essas sanções, quando realizar a intimação para tal prazo para adimplemento, cientificando o executado sobre tal questão, imputando-lhe a escolha sobre pagar ou não, já ciente das consequências para tal ponto.

2.2.3 As consequências processuais do transcurso do prazo sem o pagamento

Além das consequências materiais, com as devidas sanções de multa e honorários, se o executado não efetuar o pagamento dentro do prazo de 15 dias, há, também, reflexos processuais, que estão presentes no art. 523, § 3º: a expedição do mandado de penhora e avaliação e a realização de atos de expropriação.

Desse modo, sem o adimplemento da obrigação de pagar quantia pelo vencido, a execução prossegue, mediante o rito normal do cumprimento de decisão ou sentença, com a visualização da expedição do mandado de penhora e avaliação; contudo o natural nesse momento é a realização da penhora de ativos financeiros – bloqueio on-line – no intuito de conseguir a constrição destes para a garantia da execução, conforme o art. 854.

Se essa tentativa de penhora restar infrutífera, com a devida oportunização de manifestação pelo exequente para a indicação de bens suscetíveis à penhora, o juízo determina a expedição de mandado de penhora e avaliação.

Se realizada a penhora, os atos constritivos e expropriatórios iniciam-se no intuito de conseguir a satisfação específica, ainda que seja por meio da penhora, com a posterior alienação – por iniciativa particular ou por leilão – para proporcionar o pagamento e a quitação, realizando, desse modo, a expropriação.

Evidentemente que o executado, até o momento da alienação – ou até o da adjudicação –, tem o direito de realizar a remição da dívida, com o pagamento dos valores correspondentes devidamente atualizados, cumprindo integralmente a demanda.

3 A nova forma dada ao cumprimento de título judicial

O CPC/2015 concedeu uma nova forma à fase de cumprimento de decisão ou sentença, imputando novas obrigações às partes, tornando-a mais sistematizada e, conseqüentemente, mais parecida com a própria execução de título extrajudicial, com a

necessidade de um pedido inicial, com regras dispostas e estabelecidas pelo art. 524.

3.1 A real adequação do cumprimento de sentença à realidade

O cumprimento de sentença no ordenamento revogado, nos moldes criados pela mudança realizada pela Lei 11.232/2005, determinou o primeiro vislumbre de um processo sincrético, tornando o procedimento comum como um só processo e a diferenciação interna com as fases processuais. Após o trânsito em julgado, com a definição da razão entre uma das partes e a formação da coisa julgada, logo se encerrava a fase de conhecimento, do que se entendia como procedimento ordinário, deixando ainda o processo aberto para a mudança de fase para o procedimento do cumprimento de sentença.

O art. 475-J, base dessa mudança, era providencial ao incutir que no mesmo processo, com a intimação do vencido sobre o teor da sentença, já se teria o desdobramento de obrigações para este, com a necessidade de realizar o pagamento em 15 dias. Foi, à época, uma verdadeira revolução processual, com um reordenamento da execução em torno dos títulos judiciais.

Todavia, o cumprimento de sentença com base no CPC/73 impunha um caráter sancionatório ao vencido já com o trânsito em julgado e sem a estipulação do *quantum* pelo vencedor, com a necessidade de atualização e pagamento pelo executado, transferindo a obrigação da estipulação do valor da execução para o próprio polo passivo, deixando, para a estipulação da multa ou o pagamento voluntário, o vencido com excesso de obrigações e o vencedor sem nenhuma obrigação, podendo somente se restar inerte, que mesmo assim teria o direito à multa de 10%.

O CPC/2015, nas alterações pertinentes à fase de cumprimento de decisão ou sentença, alterou o *modus operandi* processual para adequar a realidade procedimental para aquela óbvia de qualquer execução, quando a obrigação do exequente passa pela iniciativa, com o devido requerimento ou petição, bem como a especificação clara e minuciosa do valor, imputando ao executado somente a obrigação de adimplemento daquele valor já discriminado.

3.2 A estipulação do *quantum* para o pagamento do réu antes da incidência de sanção

Nos moldes do CPC/73, o vencido tinha uma imputação complexa de responsabilidade para adimplir a obrigação de pagar

quantia, pelo fato de que, ao ocorrer o trânsito em julgado, em 15 dias esvaía-se o prazo para o cumprimento voluntário, sob pena da inclusão de multa sobre o valor não adimplido.

No entanto, era uma inversão de papéis, uma obrigação inicial do vencido, que atuava em diligência para saber o valor do débito, com o intuito de adimplir aquele débito oriundo de uma decisão judicial de que nem se sabia o *quantum debeatur*, sem a devida visualização do que se cumprir, já que havia essa incerteza. E não somente era incerto, era também sancionatório, sem o cumprimento, a multa já era cabível ou, mesmo com o cumprimento, se o vencedor entendesse o valor depositado pelo devedor como indevido, sobre a diferença também era imputada a multa e eventuais honorários advocatícios, ocasionando um excesso de obrigações ao executado, com sanções de iniciativas que deveriam ser reativas passivas, não ativas como obrigava o antigo e revogado art. 475-J.

Com o disposto no art. 523 do novel ordenamento, com a necessidade de um requerimento para o início do cumprimento de decisão ou sentença e com a definição, desde logo, dos valores que o vencedor entende como devidos, não há ao devedor nenhuma sanção enquanto não houver o requerimento, tampouco há a necessidade de que este realize cálculos ou definição do que entende como o *quantum debeatur*, simplesmente é intimado para cumprimento sobre os valores que o vencedor entende como devidos.

Sem essa discriminação pormenorizada pelo vencedor, ora exequente, não há qualquer sanção, já que esse é o requisito da própria petição do art. 523.

3.3 A melhor visualização procedimental dos atos

A nova sistematização do cumprimento de decisão ou sentença, com a necessidade de requerimento pelo vencedor, impõe uma melhoria sobre os aspectos gerais do próprio procedimento executório, com a definição melhor do que seria a obrigação de cada ator processual, melhorando o próprio rito inicial executório do cumprimento, definindo como o vencedor deve proceder e, conseqüentemente, quais as reações do vencido, numa evidente evolução do instituto.

Imputar ao devedor tal desiderato era proceduralmente acelerar o que não devia ser acelerado, ao que o CPC/2015, com a alteração do art. 523, condiciona uma sistemática mais lógica.

Assim, cabe ao vencedor a estipulação do valor no requerimento próprio para o início da fase de cumprimento de senten-

ça, com os papéis bem delineados no processo de execução, com o exequente determinando o valor que entende como devido e, em consequência, repassando ao executado o prazo para o devido adimplemento voluntário daquele montante. Ao executado cabe a possibilidade óbvia de impugnar tal valor, mas sem a obrigação de determinar nenhum valor, caso simplesmente queira adimplir naqueles termos.

A sistematização trazida pelo art. 523 do CPC/2015 representa uma correção das iniciativas e dos polos no cumprimento de decisão ou título judicial, no intuito de conceder melhores definições ao início dessa fase executória pós-decisão definitiva e o seu respectivo trânsito em julgado, equiparando-a muito mais à execução de título extrajudicial, com a novidade da necessidade de uma petição de requerimento, o que retira do réu a imputação anterior da obrigação de realizar o pagamento de quantia ainda não definida, sob pena de multa. O art. 523 do CPC 2015 representa uma grande reorganização de um instituto, promovido com muitas melhorias no novel ordenamento.

Referências

ALVIM, Eduardo Arruda; ALVIM, Angélica Arruda. Alguns apontamentos sobre o cumprimento de sentença de pagar quantia e as disposições do novo CPC. In: ALVIM, Eduardo Arruda et al. **Execução civil e temas afins**. São Paulo: RT, 2015. p. 222-235.

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

DELLORE, Luiz. **Novo CPC: o prazo para pagamento é em dias úteis ou corridos no cumprimento de sentença e execução?** 2 maio 2016. Não paginado. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/no-cumprimento-de-sentença-e-execução-no-novo-cpc-o-prazo-para-pagamento-e-em-dias-uteis-ou-corridos>>. Acesso em: 5 set. 2016.

MACEDO, Lucas Buril de. As eficácias das decisões judiciais e o cumprimento de sentença no CPC/2015. In: DIDIER JR. et al. **Coleção Novo CPC - Doutrina Seleccionada - v. 4 - Execução**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 447-461.

MADRUGA, Eduardo; MOUZALAS, Rinaldo; TERCEIRO NETO, João Otávio. **Processo Civil Volume Único**. 8ª. ed. revisada, ampliada e atualizada. Salvador: JusPodivm, 2016.

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

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

OLIVEIRA, Weber Luiz de. Execução da parte incontroversa no novo código de processo civil. In: DIDIER JR., Fredie et al. **Coleção Novo CPC** - Doutrina Seleccionada - v. 4 - Execução. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 397-424.

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

Caixa Econômica Federal: função social e atribuições na execução de políticas públicas e do Orçamento Geral da União

Marcelo Quevedo do Amaral

Advogado da CAIXA no Rio Grande do Sul

Graduado em Ciências Econômicas pela

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Especialista em Direito Registral Imobiliário

pela PUC/Minas Gerais

Especialista em Processo Civil pela Universidade

de Santa Cruz do Sul

Mestre em Direito pela Universidade do

Vale do Rio dos Sinos

RESUMO

A atuação da Caixa Econômica Federal como braço operacional do governo federal na efetivação das políticas públicas tem se fundamentado na realização de um duplo interesse coletivo, com uma função social econômica e outra eminentemente social. A função social econômica se manifesta fundamentalmente na busca de objetivos constitucionais, como o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades, a erradicação da pobreza e da marginalização social. Na condição de agente de políticas públicas, essa função social se amplia, materializando uma série de direitos sociais constitucionais (o direito à moradia, ao transporte, à alimentação, ao trabalho, à educação e à assistência aos desamparados). Essa inovadora forma de prestação de serviços públicos tem propiciado conjugar os ganhos de eficiência, de controle e de produtividade almejados pelas medidas de reforma do Estado com o domínio e a titularidade sobre a estrutura operacional dos serviços públicos preconizados pela ordem constitucional. Em síntese, o modelo adotado atualmente tem permitido a modernização administrativa e incorporado importantes valores da visão gerencial sem abdicar do controle público sobre a operacionalização das políticas, balizando-se pela consecução dos objetivos constitucionais de forma a assegurar a centralidade dos direitos individuais e sociais, afastando a atuação da administração pública dos desvios de modelos baseados principalmente no interesse econômico privado.

Palavras-chave: Instituição financeira. Agente de políticas públicas. Princípios constitucionais da ordem econômica. Atuação dos bancos públicos.

ABSTRACT

The performance of the CAIXA Econômica Federal as operational arm of the federal government in the execution of public policy has been based on the achievement of a double collective interest, with an economic and social function other eminently social. Economic social function is mainly manifested in the search for constitutional purposes, such as national development, reducing inequalities, the eradication of poverty and social marginalization. In the public policy agent status, this social function expands, materializing a series of constitutional social rights (the right to housing, transport, food, work, education and assistance to the destitute). This innovative form of public service has provided combine the efficiencies, control and productivity sought by state reform measures with the domain and ownership of the operational structure of public services recommended by the constitutional order. In short, the model adopted today has allowed the administrative modernization and incorporated important values of managerial vision without giving the public control over the implementation of policies, it marks up the achievement of the Constitutional objectives to ensure the centrality of the individual and social rights, away from the performance of public administration in mainly based models of deviations in the private economic interest.

Keywords: Financial institution. Public policy agent. Constitutional principles of the economic order. The public banks acting.

Introdução

O objetivo do presente artigo é elencar e analisar, ainda que brevemente, as atividades da Caixa Econômica Federal (CAIXA) como braço operacional do Governo Federal na efetivação das políticas públicas de modo a demonstrar sua adequação ao modelo constitucional vigente, especialmente no que diz respeito ao art. 173 da Constituição Federal (CF), que estabelece que a atuação de uma empresa estatal em atividade econômica em sentido estrito (ou tipicamente privada, como é o caso do setor financeiro) somente é “permitida quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”.

Instituição criada por Dom Pedro II com o propósito de proteger as economias populares, a CAIXA acompanhou toda a evo-

lução da Administração Pública brasileira, passando de autarquia a empresa pública federal. Nos últimos anos, no entanto, a empresa passou gradativamente a abranger várias políticas públicas, entre as quais, a gestão dos contratos de repasse do Orçamento Geral da União (OGU). Essa nova forma de ação pública surgiu justamente num momento em que o Estado realizava grandes esforços administrativos para produzir respostas capazes de enfrentar os obstáculos advindos da necessidade de modernização do aparelho administrativo burocrático e de efetividade aos objetivos da ordem constitucional.

Nesse sentido, deve-se observar também que as transformações sofridas no ambiente de atuação do sistema bancário nacional nas últimas décadas tiveram como consequência a significativa redução do número de agentes econômicos e a concentração de mercado. Além disso, a estabilidade macroeconômica e os avanços tecnológicos – notadamente da informática e das telecomunicações – representaram elementos que permitiram ao setor bancário nacional agregar enorme gama de serviços, ampliar sua rede de atuação e alcançar relevantes ganhos de eficiência e de produtividade.

Paralelamente, no mesmo período, o Estado brasileiro conviveu com a crescente necessidade de modernização da máquina administrativa, a fim de assegurar a prestação dos serviços públicos, a execução dos programas de Governo e a concretização das diretrizes políticas que balizaram os direitos sociais e a cidadania a partir da CF de 1988. Desde então, a inclusão social, a urbanização, o aumento da escolaridade, entre outros fatores, pressionaram o Poder Público a designar novas formas de atuação que aumentassem a eficiência e a abrangência dos serviços públicos – o que sintetiza um desafio de notória complexidade, considerando-se o contingente populacional e as dimensões continentais do País.

A mensuração da eficiência, por pressuposto, também deve obrigatoriamente prezar os valores imateriais, como a transparência da gestão pública, a construção da cultura de planejamento e de inovação, o compartilhamento de informações, a afirmação dos valores democráticos e federativos, a gestão participativa, entre outros aspectos. Por evidente, a manutenção pela esfera Federal de um aparato estatal permanente e de grande dimensão para o cumprimento de ações públicas que têm sua demanda correlacionada aos ciclos de crescimento econômico, por sua própria natureza, poderia ocasionar forte grau de ineficiência em determinados períodos históricos. Essa circunstância, logicamente, poderia deslegitimar a atuação desses ór-

gãos em momentos de baixo investimento público e, assim, propiciar seu esvaziamento.

Todavia, como o desenvolvimento econômico está fortemente correlacionado à capacidade de planejamento e de indução dos agentes econômicos pelo Poder Público, mais cedo ou mais tarde a retomada dos investimentos estatais se faz imprescindível. Nesse momento, a experiência, a capacitação e a estrutura para a operacionalização dessas ações contemplam fatores estratégicos para o cumprimento dos planos e das metas necessários a qualquer processo de desenvolvimento. Essa dinâmica, intrinsecamente relacionada à discussão do papel do Estado, tem motivado a adoção de várias novas formas de atuação estatal (terceirização, privatizações, concessões, parcerias público-privadas), com resultados sempre controversos. Curiosamente, talvez uma das formas mais recentes e menos debatidas seja a atuação dos bancos públicos – especialmente a CAIXA – como braços operacionais do Governo Federal na efetivação das políticas públicas.

E, nessa perspectiva, possivelmente a mais emblemática experiência de atuação da empresa seja a operação de programas sociais e a condição de mandatária da União na execução dos convênios e dos contratos de repasses oriundos do OGU.

Nessa seara, insta observar que as formas tradicionais de atuação do Estado com estruturas hierarquizadas e piramidais não são mais capazes de enfrentar o atual papel atribuído ao Estado, às expectativas da sociedade em relação aos serviços públicos e às necessidades emergentes de uma sociedade cada vez mais complexa. Portanto, a adoção de novos instrumentos de atuação estatal não simboliza apenas uma resposta às transformações em curso, mas uma verdadeira necessidade para encarar as demandas decorrentes do texto constitucional, as quais são notoriamente incapazes de ser atendidas pelos mecanismos tradicionais da Administração Pública.

Desse modo, ao se transferir a uma empresa pública de atuação tipicamente bancária o papel de operadora de políticas públicas, necessariamente se impõe o dever teórico de se revisitar os fundamentos tradicionais da intervenção do Estado no domínio econômico. E, quanto a isso, salienta-se que as transformações da sociedade requerem interpretação dinâmica ao texto constitucional – inclusive no que tange aos instrumentos de realização de políticas públicas.

Outrossim, nessa análise não se pode perder de vista que o lucro (indicador de eficiência) não deve ser o único ponto de valoração para a atuação do Estado na esfera estritamente eco-

nômica, mas sim objetivos mais amplos – em especial, a concretização de princípios constitucionais, como:

- a) a redução das desigualdades sociais e regionais;
- b) a erradicação da pobreza;
- c) a promoção do bem-estar social;
- d) a garantia do desenvolvimento nacional;
- e) a defesa do consumidor;
- f) a livre concorrência;
- g) a promoção da eficiência econômica, entre outras questões oportunas.

Consequentemente, também devem ser consideradas as externalidades positivas produzidas pela atuação da empresa pública, tais como a bancarização, a indução à concorrência, a universalização dos serviços, o acesso ao crédito a segmentos vulneráveis e/ou pouco atrativos ao mercado privado. A complexa tarefa de interpretação de novos fenômenos sociais à luz dos princípios constitucionais, tendo em vista a necessidade de balancear a incidência dos diversos princípios que sobre eles atuam (liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores), predomina constantemente no mundo jurídico.

O interesse social, por óbvio, não representa um valor predeterminado, sofrendo variações nas diferentes estruturas sociais e períodos históricos. A sociedade, por exemplo, pode priorizar em determinados momentos maior concentração econômica, visando à eficiência e à competitividade diante de agentes econômicos externos. Em outros momentos, ainda pode combater a concentração como forma de aumentar o bem-estar social. Obviamente, o alcance de tais objetivos dependerá de diversas variáveis, como a estrutura e o grau de abertura econômica, o sistema político, entre outras possibilidades. O direito, para atingir seus fins, deve ter a capacidade e o dinamismo para aprimorar constantemente pressupostos e estruturas de forma a perseguir o interesse público definido como fundamental num dado momento histórico.

É inegável que as normas constitucionais guardem valores políticos e ideologias que combinem com determinado modelo econômico, cabendo à hermenêutica a tarefa de oportunizar a harmonização dos princípios e das regras constitucionais com os valores e os interesses conflitantes, com vistas a adaptar as normas constitucionais à evolução social. Dessa forma, a atuação do Estado, através de uma empresa estatal do setor financeiro para operacionalizar diversas políticas públicas ao mesmo tempo em que direciona sua atuação para induzir a concorrência, reduzir

juros e ampliar o acesso ao crédito, configura uma preciosa experiência para o estudo da evolução dos valores que balizam a compreensão do sistema jurídico e da ordem econômica.

Por isso, pretende-se descrever as principais políticas públicas sob a responsabilidade da instituição, de modo a caracterizar a função social da empresa e seu duplo papel de banco comercial e de agente de políticas públicas.

1 Surgimento e desenvolvimento no Brasil

O surgimento de caixas econômicas como instituições sem fins lucrativos destinadas a captar e a proteger as economias das classes populares e a promover o desenvolvimento de pequenas atividades econômicas com empréstimos de baixo custo remonta à Europa, no século XVIII. Segundo Oliveira (1954), numerosas instituições surgiram nos fins do século XVIII e nos primórdios do XIX com características que progressivamente foram se aproximando das caixas econômicas atuais. Ademais,

Depois da aventura napoleônica, as administrações públicas (províncias, distritos e principalmente comunas) começaram a fundar essas caixas econômicas, que, além de favorecerem a poupança, tinham de fornecer àquelas entidades os recursos circulatórios exigidos pelas suas próprias necessidades. A publicação da primeira lei alemã sobre esses institutos ocorreu na Prússia em 1838 e serviu de modelo a quase todos os outros Estados do Império, dando extraordinário impulso às caixas de direito público (OLIVEIRA, 1954, p. 67).

No Brasil, a criação de uma instituição nos moldes das Caixas Econômicas europeias somente ocorreria em 1861, durante o reinado de Dom Pedro II. Se durante o Brasil Imperial a instituição se confundia com a própria administração pública direta do Estado Brasileiro e objetivava principalmente proteger as economias populares e financiar o Tesouro Nacional, ao longo da sua história, a Caixa Econômica passará de autarquia à empresa pública federal, assumirá funções de fomento econômico e de desenvolvimento social e se constituirá num verdadeiro braço operacional do Governo Federal na execução de políticas públicas do País.

Criadas pela previsão do Decreto nº 1.083, promulgado por Dom Pedro II no ano de 1860 – a chamada Lei dos Entraves, cujo objetivo era regular as atividades dos bancos de emissão, do meio circulante, das companhias, das sociedades, das “caixas econô-

micas e dos montes de socorro” – as Caixas Econômicas do Brasil inicialmente tencionaram criar alternativas às “casas de agiotagem” que aceitavam penhores em garantia de empréstimos.^{1 2} Nessa perspectiva, o Decreto nº 1.083 dedicou nove parágrafos de seu art. 2º para regulamentar sua criação e seu funcionamento, com a grande inovação de estabelecer a natureza beneficente da instituição, proibindo a distribuição de dividendos aos controladores, a exemplo das leis dos países europeus (SILVA, 2004, p. 83- 84). Também

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte deu o seguinte conceito para caixa econômica (mutual saving bank): uma instituição criada e dirigida por pessoas desinteressadas, da qual os lucros, depois de deduzidas as despesas indispensáveis ao movimento dos negócios, são aplicados, totalmente, em benefício dos depositantes, sob a forma de dividendos ou fundos de reserva para sua maior segurança. (OLIVEIRA, 1954, p. 172).

Em 12 de janeiro de 1861, com a edição do Decreto nº 2.723, seria criada a Caixa Econômica da Corte³, com inspiração nas experiências europeias – especialmente a alemã –, com o intento de ser um banco seguro para as classes menos favorecidas⁴, com ênfase nas finalidades sociais que haviam motivado seu surgimento na Europa.⁵ Em seus primeiros anos, a instituição teria ainda um relevante papel na administração dos pecúlios formados pelos escravos para a compra da carta de alforria – inclusive com o aporte do Decreto nº 5.153, de 13 de novembro de

¹ O então Ministro da Fazenda, o baiano Ângelo Muniz da Silva Ferraz (1812-1867), futuro Barão de Uruguaiana, foi o responsável pela redação da Lei, agindo em nome do imperador, que estava “assustado [...] e instruído dos escândalos que a agiotagem cometia e da necessidade de opor-lhe paradeiro” (BRASIL, 2010, p. 14).

² Anteriormente, existiram caixas econômicas no Brasil, porém na qualidade de empresas privadas com objetivos lucrativos e empresariais.

³ Irineu Evangelista de Sousa, conhecido Barão de Mauá, o maior empresário brasileiro do tempo do Império, viria a integrar o Conselho Inspetor e Fiscal da Caixa da Corte.

⁴ Nos primeiros 16 anos de existência, a instituição funcionaria em uma sala emprestada no prédio da chamada Cadeia Velha no Rio de Janeiro (local do atual Palácio Tiradentes), contando com apenas seis funcionários: um tesoureiro, um guarda-livros, um leiloeiro, um porteiro, um contínuo e um servente.

⁵ Sobre a experiência das Caixas Econômicas nos países europeus e nos EUA, recomenda-se a leitura da obra de Silva (2004).

1872, o qual determinou a aceitação de depósitos dos escravos com a abertura de cadernetas em nome dos seus senhores.⁶

Em 1874, por força do Decreto nº 5.594, seriam instituídas as caixas econômicas nas capitais provinciais – São Paulo, Paraíba, Pernambuco, Paraná, Minas Gerais, Espírito Santo, Ceará e Rio Grande do Sul –, as quais dariam origem às caixas econômicas nos respectivos Estados da Federação e somente seriam unificadas na década de 1960, com a criação da Caixa Econômica Federal, pela Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

Em estudo sobre o surgimento e o desenvolvimento das Caixas Econômicas brasileiras, Silva (2004) divide a história da instituição em cinco períodos, a saber:

- a) o do Brasil Imperial (1861 a 1889);
- b) o da República Velha;
- c) o iniciado pela Revolução de 1930;
- d) o período inaugurado pelo Governo Militar, após o golpe de 1964;
- e) o chamado período contemporâneo, que se iniciaria na década de 1990.

No período do Brasil Imperial – de 1861 a 1889 – ocorre a criação da Caixa Econômica da Corte e das Caixas Econômicas das províncias. O segundo período – da República Velha – tem início com o governo provisório de 1889 e se caracteriza pela ampliação do debate sobre a necessidade de reforma do sistema, acabando com a concentração dos depósitos no Tesouro Nacional e estendendo a missão social da instituição. Nesse período, se evidencia a crítica ao afastamento da instituição do modelo europeu de Caixas Econômicas, em especial, pela restrição de sua área de atuação, que naquela época atingia basicamente as capitais dos estados⁷, deixando desprotegidas as populações mais carentes residentes no interior do País.

A instituição não estaria, portanto, cumprindo plenamente sua missão social nem promovendo o fomento econômico pelo

⁶ Em 16 de novembro de 1861, 12 dias depois de a instituição ter iniciado suas operações, Margarida Luíza, escrava de Joaquim José Madeira, abriu a caderneta de poupança nº 59 da CAIXA. Ela a encerrou três anos mais tarde, no dia 5 de janeiro de 1865, retirando os 353.542 réis com os quais comprou a carta de alforria (BRASIL, 2010, p. 50-51).

⁷ Essa limitação espacial da atuação da instituição tinha como consequência nefasta também impedir a propagação do hábito da poupança entre a população. Outro elemento apontado como responsável pela dificuldade de formação de poupança interna no País, nesse período, era a prática descontrolada e indiscriminada de jogos de azar, o que absorvia parte dos recursos da sociedade.

crédito (que se limitava a operações de penhor), posto que restava nítido o direcionamento das suas atividades para o financiamento do Tesouro Nacional. Constatava-se, assim, que a missão social e coletiva que deveria orientar a atuação da Caixa Econômica, a exemplo do modelo europeu, não se consolidava.

A falta de diretrizes sociais impedia a população de ver resultados positivos na ação das caixas econômicas. A inexistência de uma estrutura de agências inviabilizava o fluxo de poupança popular para a carteira de depósitos. O sistema exclusivo – centralizando os depósitos no Tesouro – impedia que os saldos em depósitos fossem aplicados em atividades produtivas. Eis aí as razões pelas quais no Período Imperial e na República Velha a história não registrou a construção e consolidação da economia popular no Brasil. (SILVA, 2004, p. 95).

Com a Revolução de 1930, juntamente com o chamado Estado Novo de Getúlio Vargas, principia um novo período na história da instituição: promoveram-se reformas para permitir à Caixa Econômica desenvolver sua missão de desenvolvimento e de fomento econômico, possibilitando a concessão de empréstimos de diversas modalidades, ao mesmo tempo em que se manteve a garantia governamental para os depósitos bancários na instituição. Contudo, as deficiências apontadas nos debates acerca do cumprimento da missão que se esperava da Caixa Econômica somente começariam a ser superadas com o Decreto nº 24.427, de 19 de junho de 1934, que regulamentou a criação de carteiras hipotecárias⁸, de caução de títulos, de consignações e de contas garantidas, outorgando à instituição a gestão da Loteria Federal e a exclusividade dos empréstimos sob o penhor.⁹ Já nesse

⁸ Contudo, a primeira operação financeira com garantia hipotecária já havia sido realizada pela Caixa Econômica do Rio de Janeiro, em 1 de junho de 1931, em favor da Sociedade Clube Ginástico Português. A operação, inédita até então, necessitou da aprovação do Conselho Administrativo da instituição, como fruto do comportamento arrojado dos gestores em face do elevado grau de engessamento existente na instituição para promoção de operações de crédito.

⁹ Sobre as operações financeiras, assim dispunha o art. 57 do Decreto nº 24.427/34:

“Art. 57. As Caixas Econômicas poderão operar em empréstimos de dinheiro: a) sob caução de títulos da dívida pública da União, dos Estados e do Distrito Federal, cotados na bolsa; b) sob consignação de juros de títulos mencionados na letra a; c) sob penhor civil ou comercial de joias, pedras preciosas, metais, moedas, ou coisas; d) sob consignação de vencimentos de funcionários públicos, civis e militares, desde que tais venci-

momento o governo buscou regulamentar as Caixas Econômicas com a finalidade de uniformizar as atividades e as operações em todo o território nacional. Logo,

O Decreto nº 24.427 colocou as caixas econômicas federais definitivamente em outro caminho. A partir de então, afinadas com a nova visão política, elas adotaram novos princípios: a) finalidade social; b) garantia do governo federal; c) educação da população para hábitos da poupança; d) fomento da atividade econômica e do desenvolvimento social; e) autonomia administrativa e uniformidade de operações em todo o território nacional. (SILVA, 2004, p. 125).

Em que pese a indiscutível modernização das Caixas Econômicas ocorridas nas décadas subsequentes, as rápidas transformações pelas quais passava o Brasil – especialmente após o desfecho da Segunda Guerra Mundial – impunham novos desafios à gestão pública e, por via de consequência, à instituição. Tal realidade – como não poderia deixar de ser – também passou a pautar os debates públicos sobre os seus rumos, especialmente quanto à pertinência da unificação das diversas Caixas Econômicas (autarquias) em uma única empresa de âmbito nacional e outorga de novas atribuições capazes de fazer frente às crescentes demandas da sociedade brasileira, então em acelerado processo de industrialização e de urbanização. Outrossim,

Nos anos 1950, quando a população brasileira se aproxima dos 52 milhões de habitantes, o velho adágio das Caixas Econômicas da época do Império, 'Vintém poupado, vintém ganho', é substituído pelo lema 'Mão que economiza é mão que não pede'. O novo lema traz a noção de poupança associada à conquista da autonomia necessária ao desenvolvimento. Nesse momento, aproximadamente 50% dos brasileiros são analfabetos e um alto percentual não possui casa pró-

mentos figurem permanentemente nos orçamentos, bem como dos próprios funcionários das Caixas Econômicas; e) sob consignação de vencimentos de funcionários dos Estados, municípios, e empregados de estabelecimentos de crédito, devendo as condições desses empréstimos ser estabelecidas por proposta dos Conselhos Administrativos e aprovação do Conselho Superior; f) sob garantia hipotecária; g) sob garantia de taxas criadas ou fixadas pelo Governo Federal, Estadual ou municipais, e uma vez que tais taxas sejam arrecadadas pelas Caixas Econômicas; i) sob garantia de Bancos de notória idoneidade.

Parágrafo único. Além desses negócios, poderão as Caixas Econômicas operar em outras modalidades, sob proposta dos Conselhos Administrativos e aprovação do Conselho Superior”.

pria, situação que revela a necessidade de promover conquistas sociais na área da Educação e da promoção da renda nacional (TORRESINI, 2011, p. 92).

Em 14 de julho de 1961, o Presidente Jânio Quadros assinaria o Decreto nº 50.954, que delegaria a execução dos serviços da Loteria Federal à CAIXA. A legislação, em sua exposição de motivos, já assinalava a conveniência de ser submetido dito serviço ao regime de execução direta, a fim de se assegurar a aplicação dos apreciáveis recursos que proporciona às finalidades de natureza educativa e assistencial. Nesse prisma, Silva (2004, p. 129) revela que houve grande resistência dos setores que exploravam o jogo no Brasil à transferência da sua administração para a administração pública. Todavia, logo o papel social desempenhado com os valores obtidos com a atividade – outrora destinados à apropriação privada de poucos – legitimou a nova fonte de financiamento dos serviços públicos e do desenvolvimento social.¹⁰ A receita líquida da Loteria Federal deveria ser recolhida à conta de um Fundo Especial destinado ao financiamento de serviços públicos municipais, inclusive de abastecimento de água e outras operações de caráter educativo e assistencial impostas às Caixas Econômicas Federais pela legislação em vigor.¹¹

No entanto, a grande transformação na estrutura da instituição somente ocorreria posteriormente às seguintes inovações:

a) criação do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), pela Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964;

b) instituição do Sistema Financeiro Nacional, pela Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964;

c) a unificação das Caixas Econômicas dos Estados, pelo Decreto nº 759, de 12 de agosto de 1969, com a constituição da CAIXA, então instituição financeira sob a forma de empresa pública, dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e autonomia administrativa, vinculada ao Ministério da Fazenda.

¹⁰ Entre os anos de 2011 e 2014, segundo o relatório publicado pela empresa, as loterias administradas pela CAIXA arrecadaram R\$ 44,24 bilhões, destinando expressivos recursos para os programas sociais do Governo Federal, especialmente para a segurança pública, a cultura, a educação, o esporte e a seguridade social.

¹¹ O art. 6º do Decreto nº 50.954/61 trazia ainda interessante e inovadora política pública afirmativa, ao determinar que as Caixas Econômicas Federais poderiam efetuar a venda dos bilhetes por meio de vendedores autônomos, os quais seriam obrigatoriamente escolhidos entre pessoas que, por serem idosas, inválidas ou portadoras de defeito físico, não tivessem condições de prover a sua subsistência por meio de outra atividade.

1.1 O Sistema Financeiro da Habitação (SFH), o Sistema Financeiro Nacional, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) e a Constituição Federal (CF)

O Golpe Militar, ocorrido em 1 de abril de 1964 – que instalava a ditadura militar que governaria o país pelas próximas duas décadas –, representou um novo período de grandes transformações para a CAIXA, sua natureza jurídica e sua missão institucional. Em 21 de agosto de 1964, seria promulgada a Lei nº 4.380, que cria o chamado Sistema Financeiro da Habitação (SFH) – com o objetivo de intervir no setor habitacional para constituir uma política nacional de habitação e de planejamento territorial, coordenar a ação dos órgãos públicos e orientar a iniciativa privada no sentido de estimular a construção de habitações de interesse social e o financiamento da aquisição da casa própria, especialmente pelas classes da população de menor renda.

Com essa finalidade, concebem-se o Banco Nacional da Habitação (BNH) e o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo (SERFHAU), aos quais, conjuntamente com as CAIXA's, é atribuído o papel de representar os principais instrumentos de intervenção do Governo Federal no setor habitacional.¹² A política habitacional passaria a ser constituída com duas finalidades centrais:

- a) reduzir o gigantesco déficit habitacional brasileiro;
- b) promover o desenvolvimento econômico e a geração de empregos.

Importa mencionar que o sistema criado pretendia integrar esforços públicos e privados na captação de recursos, na execução de obras e no direcionamento de financiamentos para empreendimentos imobiliários e, como medida de incentivo aos investidores, instituiu a correção monetária dos contratos de imobiliários, o que teria sérias implicações econômicas e jurídicas nos anos seguintes. A partir de então, a CAIXA ocuparia um espaço cada vez maior no financiamento imobiliário e na execução das políticas públicas da área habitacional.

Atualmente, a empresa representa o principal agente do Governo Federal no que se refere à operacionalização de programas habitacionais e o principal agente financeiro do setor imobiliário brasileiro, respondendo por 67,64% das operações de crédito imobiliário em 2014.

¹² Posteriormente, ambos os órgãos teriam suas funções absorvidas pela CAIXA.

Alguns meses após a criação do SFH, o Governo Militar tomaria uma medida legislativa de grande importância: o estabelecimento do Sistema Financeiro Nacional, através da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964. Destarte,

Até o início da década de 1960, as 22 autarquias então existentes eram regidas pelo Decreto nº 24.427/33 e fiscalizadas pelo Conselho Superior das Caixas Econômicas Federais. Essa condição peculiar, por um lado, dava uma certa autonomia, mas, por outro lado, deixava as caixas econômicas alijadas do sistema bancário, a ponto de não serem consideradas instrumentos determinantes da política econômica do governo federal, nem instituições de peso no contexto do sistema bancário (SILVA, 2004, p. 137).

Nesse aspecto, convém lembrar que a inclusão formal das CAIXA's no Sistema Financeiro Nacional em 1964¹³ (o que afirmou também o seu papel de instituição financeira) simbolizou enorme alteração na condição de uma instituição que nasce como órgão público, transforma-se em autarquia e tem seu papel social muitas vezes vinculado a atividades filantrópicas ou puramente governamentais. Assim, a instituição passará gradualmente a exercer papel tanto de instituição bancária que persegue os objetivos estratégicos da política econômica do Governo Federal como de agente de políticas públicas. Por fim, outra medida de vital importância para o SFH seria adotada em 13 de setembro de 1996, com a criação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS).¹⁴

Como se sabe, até a criação do FGTS, os contratos de trabalho no Brasil geravam estabilidade do vínculo empregatício após dez anos de vigência, o que ocasionava enorme insatisfação entre a classe empresarial, que pressionava por mudanças a fim de extinguir a estabilidade no emprego, sob o argumento de que tal

¹³ Importa observar que somente com a reforma do Sistema Financeiro Nacional, promovida pela Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, foi criado o Banco Central do Brasil, sendo que, até 1945, as funções inerentes ao Banco Central eram exercidas pelo Banco do Brasil, um banco comercial. Em 1945, foi criada a Superintendência da Moeda e do Crédito (SUMOC), dirigida por um Conselho presidido pelo Ministro da Fazenda, que seria o embrião do futuro banco central.

¹⁴ A Constituição Federal de 1988, no inciso III do art. 7º, consagra o direito do trabalhador ao FGTS como um direito social constitucional. A Lei nº 5.107, de 1966, foi posteriormente revogada pela Lei nº 7.839, de 12 de outubro de 1989. Em 1990 é publicada a Lei nº 8.036/90, que revoga a Lei nº 7.839/89, centralizando o controle e administração das contas vinculadas do FGTS unicamente à CAIXA.

medida era vital para acarretar maior produtividade e assegurar mais competitividade às empresas nacionais. Além do mais, o FGTS foi concebido como uma alternativa ou uma compensação ao trabalhador pelo fim do instituto da estabilidade no emprego e é formado pelos depósitos realizados pelo empregador de um percentual fixado em lei, em conta vinculada ao empregado, os quais constituem uma reserva financeira que poderá ser utilizada pelo trabalhador nas situações previstas em lei, especialmente em caso de demissão do trabalhador sem justa causa.¹⁵

Destaca-se ainda que o percentual de contribuição definido (8%) considerou o montante necessário a ser depositado anualmente pelo empregador capaz – com as devidas atualizações financeiras – de proporcionar um salário de remuneração a cada ano trabalhado pelo empregado titular da conta vinculada. Contudo, a criação do FGTS também atendeu a outra necessidade do Governo Brasileiro: a formação de fontes de recursos para financiamentos de longo prazo. Nesse enfoque, inicialmente a nova lei já procura vincular os investimentos do fundo às políticas de desenvolvimento urbano do Governo, à época, atribuídas ao BNH, a quem também competia a gestão do FGTS. Nesse âmbito, o art. 12 estipula que

a gestão do FGTS pelo BNH far-se-á segundo planejamento elaborado e normas gerais expedidas por um

¹⁵ Lei nº 5.107/66 - “Art. 8º O empregador poderá utilizar a conta vinculada, nas seguintes condições, conforme se dispuser em regulamento:

I - No caso de rescisão sem justa causa, pela empresa, comprovada mediante declaração desta, do sindicato da categoria do empregado ou da Justiça do Trabalho, ou cessação de suas atividades, ou em caso de término e contrato a prazo determinado, ou, finalmente, de aposentadoria concedida pela Previdência Social, a conta poderá ser livremente utilizada;

II - No caso de rescisão, pelo empregado, sem justa causa, a conta poderá ser utilizada, parcial ou totalmente, com a assistência do sindicato da categoria do empregado, ou, na falta deste, com a do representante do Ministério do Trabalho e Previdência Social (MTPS), nas seguintes situações devidamente comprovadas:

a) Aplicação de capital em atividade comercial, industrial ou agropecuária, em que se haja estabelecido individualmente ou sociedade;

b) Aquisição de moradia própria nos termos do art. 10 desta Lei;

c) necessidade grave e premente, pessoal ou familiar;

d) aquisição de equipamento destinado a atividade de natureza autônoma;

e) casamento do empregado do sexo feminino.

[...]

III - Durante a vigência do contrato de trabalho, a conta somente poderá ser utilizada na ocorrência das hipóteses previstas nas letras “b” e do item II deste artigo” (BRASIL, 1966).

Conselho Curador, integrado por um representante do Ministério do Trabalho e Previdência Social, um representante do Ministério Extraordinário para o Planejamento e Coordenação Econômica, um representante das categorias profissionais e o Presidente do BNH, que o presidirá (BRASIL, 1966).

Uma ideia do impacto social e econômico gerado pela aplicação dos recursos do FGTS se dá pelo montante de R\$ 377 bilhões investidos pelo fundo – especialmente nas áreas de habitação e de saneamento – ao longo de 40 anos, segundo evidência o demonstrativo de resultados e de ações publicado pelo FGTS.¹⁶ Na década de 1990, por força da Lei nº 8.036, regulamentada pelo Decreto nº 99.684, de 8 de novembro de 1990, a CAIXA passaria a ser o agente operador do FGTS em razão da extinção do antigo BNH.

À CAIXA, na qualidade de agente operador do FGTS, caberia a função, desde então, de:

- a) centralizar os recursos do FGTS;
- b) manter e controlar as contas vinculadas;
- c) emitir regularmente os extratos individuais correspondentes às contas vinculadas;
- d) participar da rede arrecadadora dos recursos do FGTS;
- e) expedir atos normativos referentes aos procedimentos administrativo-operacionais dos bancos depositários, dos agentes financeiros, dos empregadores e dos trabalhadores, integrantes do sistema do FGTS;
- f) definir os procedimentos operacionais necessários à execução dos programas de habitação popular, de saneamento básico e de infraestrutura urbana, estabelecidos pelo Conselho Curador, com base nas normas e nas diretrizes de aplicação sistematizadas pelo Ministério da Ação Social;
- g) elaborar as análises jurídicas e econômico-financeiras dos projetos de habitação popular, de infraestrutura urbana e de saneamento básico a serem financiados com recursos do FGTS;
- h) emitir Certificado de Regularidade do FGTS;
- i) efetuar as contas do FGTS, encaminhando-as ao Ministério da Ação Social;
- j) implementar os atos emanados do Ministério da Ação Social relativos à alocação e à aplicação dos recursos do FGTS, de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Curador;

¹⁶ Outra curiosidade em relação ao FGTS diz respeito às hipóteses de saque dos valores das contas vinculadas nesse mesmo período, no qual 67,5% foram motivados por demissão e 14,6% foram destinados à aquisição da casa própria.

k) garantir aos recursos alocados ao Fundo de Investimentos (FI)-FGTS, em cotas de titularidade do FGTS, a remuneração aplicável às contas vinculadas, na forma do caput do art. 13 da Lei nº 8.036/90.

Enfim, vale salientar que todas as transformações supracitadas ocorreram anteriormente à reforma da administração pública realizada pelo Decreto-Lei nº 200/67. Um conjunto de novas funções acabou por ser atribuído à instituição CAIXA ainda organizada sob a forma autárquica, dispersa por 22 estados da Federação, sem organização administrativa centralizada, planejada e racional. Portanto, os novos desafios, as novas demandas e a realidade da sociedade brasileira exigiriam transformações profundas na estrutura administrativa da instituição.

1.2 A Unificação das Caixas Econômicas e a Criação da CAIXA

A unificação da instituição das Caixas Econômicas ocorreu por força do Decreto-Lei nº 759, de 13 de agosto de 1969, que concedeu autorização ao Poder Executivo de constituir a CAIXA, instituição financeira sob a forma de empresa pública, dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e autonomia administrativa, vinculada ao Ministério da Fazenda. Assim, criou-se uma única Caixa Econômica de âmbito nacional, abrangendo as antigas autarquias estaduais, agora extintas.

Nessa nova fase, ampliaram-se as funções da CAIXA em se tornar um banco múltiplo e agente financeiro da habitação, assumindo a administração de alguns programas da área social e de serviços delegados pelo Governo Federal. O documento estabelecia, em seu art. 2º, que a instituição teria por finalidade:

a) receber em depósito, sob a garantia da União, economias populares, incentivando os hábitos de poupança;

b) conceder empréstimos e financiamentos de natureza assistencial, cooperando com as entidades de direito público e privado na solução dos problemas sociais e econômicos;

c) operar no setor habitacional, como sociedade de crédito imobiliário e principal agente do BNH, com o fito de facilitar e de promover a aquisição de sua casa própria, especialmente pelas classes de menor renda da população;

d) explorar, com exclusividade, os serviços da Loteria Federal do Brasil e da Loteria Esportiva Federal, nos termos da legislação pertinente;

e) exercer o monopólio das operações sobre penhores civis, com caráter permanente e de continuidade;

f) prestar serviços que se adaptem à sua estrutura de natureza financeira, delegados pelo Governo Federal ou por convênio com outras entidades ou empresas.

No momento da sua unificação, portanto, já se procurava outorgar à instituição atribuições atípicas, de natureza pública, prevendo como uma de suas finalidades a prestação de serviços delegados pelo Governo Federal e considerados adequados à sua estrutura de instituição financeira. O Decreto de unificação elencou também os princípios fundamentais que os gestores devem respeitar na elaboração dos estatutos, da estrutura geral e das normas de funcionamento da empresa. Silva (2004, p. 153) garante que, em que pesem as inúmeras modificações sofridas na estrutura organizacional, administrativa e operacional da empresa nas décadas seguintes, os princípios básicos constantes no Decreto de unificação, em sua essência, permaneceram preservados.

A partir da unificação desapareceram as dificuldades legais que tanto haviam impedido a modernização da instituição nas épocas anteriores – Império, República Velha e Revolução de 1930. Um dos entraves estava no fato de que uma mesma Lei definia os princípios básicos e regulamentava a estrutura organizacional das antigas autarquias. A Caixa Econômica Federal dos novos tempos, regida por duas normas de diferentes hierarquias legislativas, passou a ter facilidade para fazer as mudanças administrativas e operacionais na velocidade que o mundo contemporâneo exige das empresas (SILVA, 2004, p. 155).

Nesse ponto, interessa relembrar – como visto na seção anterior – que justamente nesse momento histórico a administração pública passava por um processo de descentralização e de desburocratização da sua máquina administrativa. O Decreto-Lei nº 200/67 havia sido promulgado apenas dois anos antes, pretendendo modernizar a administração pública brasileira com ênfase à descentralização, à racionalização, ao planejamento e com vistas a obter maior eficiência, principalmente, através da transferência de atividades à administração indireta. Essa reforma assim fortaleceu a distinção entre atividades-fim e atividades-meio e entre administração direta e indireta.

Dentre as diretrizes trazidas pelo Decreto-Lei nº 759/69, também se constata claramente a preocupação com a superação da cultura patrimonialista na administração pública. Nesse prisma, percebem-se muitos dos princípios da administração pública, posteriormente consagrados na CF de 1988, dentre aqueles que o Decreto-Lei torna de observância obrigatória na elaboração

dos estatutos, na implantação da estrutura geral e das normas de funcionamento da empresa. O art. 8º, por exemplo, ressalta o princípio da moralidade e da legalidade, ao alertar que

os diretores da CEF, respeitados os princípios da legislação em vigor, serão solidariamente responsáveis pelos prejuízos ou danos causados pelo não cumprimento das obrigações ou deveres impostos pela lei ou regulamentos que lhes definam os encargos e atribuições (BRASIL, 1969).

Da afirmação da impessoalidade e da profissionalização da gestão pública resultam a previsão da obrigatoriedade da contratação de pessoal, através de concurso público, e principalmente, a preocupação com a eficiência, como explicitam os seguintes princípios previstos no Decreto:

a) programação e coordenação das atividades em todos os níveis administrativos;

b) desconcentração da autoridade executiva, a fim de encurtar os canais processuais e de assegurar rapidez à solução das operações;

c) descentralização e desburocratização dos serviços e das operações, eliminando-se as tramitações desnecessárias e os controles supérfluos;

d) economia dos gastos administrativos, reduzindo-se as despesas de pessoal ao estritamente necessário;

e) simplificação das estruturas, evitando-se o excesso de chefias e de níveis hierárquicos;

f) incentivo ao aumento de produtividade de seus serviços.

Em suma, a reestruturação organizativa e a unificação da CAIXA pelo Decreto-Lei nº 759/67 devem ser vistas como resultado direto das diretrizes político-administrativas que conduziam as ações do Poder Público naquele momento histórico, especialmente quanto ao esforço para a modernização do Estado e para a superação do patrimonialismo e da ineficiência na gestão.

Com o referido desenho institucional, a empresa foi incorporando novas funções. Na década seguinte, surgiram o Programa de Integração Social (PIS)¹⁷ e o Fundo de Apoio ao Desenvolvimento Social (FAS).¹⁸ Na década de 1980, em razão da crise que abatia o SFH desde os anos de 1970, o BNH seria extinto pelo Decreto-Lei nº 2.291, de 21 de novembro de 1986, e a CAIXA passaria a responder pelo ativo e pelo passivo do antigo BNH e agregaria a gestão do FGTS e do Fundo de Compensação das

¹⁷ Instituído pela Lei Complementar nº 07, de 7 de setembro de 1970.

¹⁸ Criado pela Lei nº 6.168, de 9 de dezembro de 1974.

Variações Salariais (FCVS). Na década de 1990 – como já se apurou na seção anterior – o Brasil sofreria os fortes impactos da crise econômica em um ambiente de aguçamento dos dilemas impostos pelo processo de globalização econômica.

A CAIXA – como não poderia deixar de ser – também foi diretamente afetada pela nova realidade. O país então adotou medidas de combate à inflação que impactaram diretamente o Sistema Financeiro Nacional. As reformas legais e institucionais realizadas mudaram profundamente a atuação do mercado financeiro, deixando evidente a necessidade de modernização e de mudanças nas instituições financeiras quanto às suas áreas de atuação, já que tinham se habituado a lucrar com o processo inflacionário, o qual geralmente compensava ineficiências administrativas e deficiências nas análises de concessões de crédito.

Além das transformações macroeconômicas, o Sistema Financeiro enfrentou ainda transformações regulatórias e estruturais, como a adesão do Brasil ao Acordo de Basileia I, a maior liberdade de movimentação de capitais e a maior presença de instituições estrangeiras no mercado de crédito. Nesse cenário, o Governo Federal implantou o Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional (PROER) e o Programa de Incentivo à Redução do Setor Público Estadual na Atividade Bancária (PROES), com o intuito de reorganizar e de reordenar o Sistema Financeiro Nacional comandado pelo Banco Central.

O PROER, composto pela Medida Provisória nº 1.179 e pela Resolução nº 2.208, ambas de 3 de novembro de 1995, teve por diretriz o incentivo à fusão e à incorporação de bancos sob a orientação do Banco Central. Juntamente com o PROES, estimulou um processo de concentração do setor financeiro, de abertura ao capital internacional e de redução do papel dos bancos públicos – principalmente, os estaduais – no Sistema Financeiro Brasileiro. Logo, como a Administração Pública Brasileira – que, salienta-se, promovia marcante reforma administrativa naquele momento, com objetivo de obter maior grau de eficiência –, a CAIXA também reformulou profundamente sua estrutura organizacional e redefiniu suas áreas de atuação. E, assim,

Como consequência dessa reengenharia, a empresa passou a ter três segmentos bem definidos nas suas operações: serviços financeiros (operações bancárias); desenvolvimento urbano (habitação, saneamento ambiental e infra-estrutura); e transferências de benefícios (serviços delegados pelo governo federal na área social) (SILVA, 2004, p. 155).

Outrossim, a empresa visivelmente buscou reafirmar seu papel social num momento de redefinições e de redução do espaço de atuação no Estado brasileiro, em especial em atividades econômicas produtivas e concorrenciais. O interesse público que motivava a exploração do Estado da atividade econômica enquanto banco comercial – com base no que consta no art. 173 da CF – podia ser encontrado na existência de falhas de mercado, na garantia de acesso de todos os brasileiros à rede bancária, no incentivo à concorrência, entre outras justificativas sempre sujeitas a contrapontos e a objeções. Entretanto, a presença do interesse público na intervenção do Estado como instrumento de desenvolvimento urbano e de viabilização de políticas sociais configura um anseio público quase inquestionável diante da realidade socioeconômica brasileira.

E será com essa dualidade funcional – banco comercial e braço operacional do governo na prestação de políticas públicas – que a empresa firmar-se-á como a responsável pela condução dos principais programas de governo na última década. Uma trajetória *sui generis*, na medida em que transcendeu as atribuições tradicionais de um banco comercial estatal, orientado para o atendimento de prioridades socialmente definidas via operações de financiamento, com subsídios – ou não – para agregar igualmente a missão da gestão e da execução de prioridades delegadas pelo Poder Público.

2 Competência legal, função social e políticas públicas executadas pela instituição

Antes da apresentação da atual competência legal da CAIXA, impera destacar que a imagem social da empresa ainda se mantém intrinsecamente relacionada às suas funções de Banco Comercial, com pouca discussão ou visibilidade pública para as demais funções desempenhadas pela instituição, especialmente no que tange às atividades de promoção, de execução e de implementação de política públicas e programas sociais. O Banco Central do Brasil, por exemplo, apresenta a seguinte definição da empresa:

A Caixa Econômica Federal, criada em 1861, está regulada pelo Decreto-Lei 759, de 12 de agosto de 1969, como empresa pública vinculada ao Ministério da Fazenda. Trata-se de instituição assemelhada aos bancos comerciais, podendo captar depósitos à vista, realizar operações ativas e efetuar prestação de serviços. Uma característica distintiva da Caixa é que ela

prioriza a concessão de empréstimos e financiamentos a programas e projetos nas áreas de assistência social, saúde, educação, trabalho, transportes urbanos e esporte. Pode operar com crédito direto ao consumidor, financiando bens de consumo duráveis, emprestar sob garantia de penhor industrial e caução de títulos, bem como tem o monopólio do empréstimo sob penhor de bens pessoais e sob consignação e tem o monopólio da venda de bilhetes de loteria federal. Além de centralizar o recolhimento e posterior aplicação de todos os recursos oriundos do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), integra o Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE) e o Sistema Financeiro da Habitação (SFH). (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 1969).

Observa-se que a definição do Banco Central enfatiza as atividades de um banco comercial público típico, voltado ao desenvolvimento e ao financiamento de programas e de projetos de cunho social (assistência social, saúde, educação, trabalho, transportes urbanos e esporte) e ao fomento de atividades econômicas de interesse público, agregando as atividades desempenhadas na administração de loterias e do FGTS e no SFH. Basta verificar a missão e a competência legal atual da CAIXA para esclarecer a insuficiência e a defasagem de uma definição exclusivamente baseada nas suas funções de banco comercial.

A empresa definiu como missão institucional “atuar na promoção da cidadania e do desenvolvimento sustentável do País, como instituição financeira, agente de políticas públicas e parceira estratégica do Estado brasileiro” (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2015), com o propósito de ser reconhecida como o melhor parceiro do setor público. Para tanto, estabeleceu um conjunto de objetivos estratégicos que visam, fundamentalmente, proporcionar maior grau de eficiência na prestação de serviços ao Poder Público, desenvolvendo produtos, serviços e ações adequadas às necessidades do setor público. Com essa finalidade, a instituição estipulou as seguintes metas:

- a) ter o melhor portfólio para atender ao setor público e ser o agente executor e proponente de ações e de soluções para a implementação de políticas públicas;
- b) desenvolver plataforma tecnológica para possibilitar visão e atuação integrada;
- c) revisar o modelo de atuação, de atendimento, da sistemática operacional das fontes e da estratégia de captação para operações de infraestrutura;
- d) melhorar a percepção do cliente em relação aos serviços prestados;

e) criar e explorar novos canais, meios de pagamentos e tecnologias de distribuição;

f) criar canais regionais de relacionamento com o setor público;

g) prestar assistência técnica e apoio ao cliente/governo;

h) fortalecer o relacionamento comercial em todas as esferas e poderes de governo;

i) desenvolver ferramentas tecnológicas adequadas para suportar a execução dos processos, do modelo de negócios, dos relatórios, entre outros;

j) fortalecer *funding* e/ou parcerias.

As metas expostas integram o planejamento estratégico da CAIXA para “estar entre os três maiores bancos brasileiros até 2022, mantendo a liderança como agente de políticas públicas” (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2015). Também a competência legal da empresa – expressa no Estatuto Social da CAIXA, aprovado pelo Decreto nº 7.973, de 21 de março de 2013 – demonstra claramente tal insuficiência, uma vez que afirma, entre outros objetivos previstos em seu artigo 5º¹⁹, funções sociais de desenvolvimento e demais serviços não tipicamente bancários e empresariais, como:

¹⁹ DECRETO nº 7.973, de 28 de março de 2013, art. 5º - “A CEF tem por objetivos:

I - receber depósitos, a qualquer título, inclusive os garantidos pela União, em especial os de economia popular, com o propósito de incentivar e educar a população brasileira nos hábitos da poupança e fomentar o crédito em todas as regiões do País;

II - prestar serviços bancários de qualquer natureza, por meio de operações ativas, passivas e acessórias, inclusive de intermediação e suprimento financeiro, sob suas múltiplas formas;

III - administrar, com exclusividade, os serviços das loterias federais, nos termos da legislação específica;

IV - exercer o monopólio das operações de penhor civil, em caráter permanente e contínuo;

V - prestar serviços delegados pelo Governo federal e prestar serviços, mediante convênio, com outras entidades ou empresas, observada sua estrutura e natureza de instituição financeira;

VI - realizar quaisquer operações, serviços e atividades comerciais nos mercados financeiros e de capitais, internos ou externos;

VII - efetuar operações de subscrição, aquisição e distribuição de ações, obrigações e quaisquer outros títulos ou valores mobiliários no mercado de capitais, para investimento ou revenda;

VIII - realizar operações relacionadas à emissão e à administração de cartões, inclusive os cartões relacionados ao Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT, nas modalidades alimentação e refeição;

IX - realizar operações de câmbio;

a) prestar serviços delegados pelo Governo Federal e prestar serviços, mediante convênio, com outras entidades ou empresas, observada sua estrutura e natureza de instituição financeira;

X - realizar operações de corretagem de seguros e de valores mobiliários, arrendamento residencial e mercantil, inclusive sob a forma de leasing;

XI - prestar, direta ou indiretamente, serviços relacionados às atividades de fomento da cultura e do turismo, inclusive mediante intermediação e apoio financeiro;

XII - atuar como agente financeiro dos programas oficiais de habitação e saneamento e como principal órgão de execução da política habitacional e de saneamento do Governo federal, e operar como sociedade de crédito imobiliário para promover o acesso à moradia, especialmente para a população de menor renda;

XIII - atuar como agente operador e financeiro do FGTS;

XIV - administrar fundos e programas delegados pelo Governo federal;

XV - conceder empréstimos e financiamentos de natureza social de acordo com a política do Governo federal, observadas as condições de retorno, que deverão, no mínimo, ressarcir os custos operacionais, de captação e de capital alocado;

XVI - manter linhas de crédito específicas para as microempresas e para as empresas de pequeno porte;

XVII - realizar, na qualidade de agente do Governo federal, por conta e ordem deste, quaisquer operações ou serviços que lhe forem delegados, nos mercados financeiro e de capitais;

XVIII - prestar serviços de custódia de valores mobiliários;

XIX - prestar serviços de assessoria, consultoria e gerenciamento de atividades econômicas, de políticas públicas, de previdência e de outras matérias relacionadas a sua área de atuação, diretamente ou mediante convênio ou consórcio com órgãos, entidades ou empresas;

XX - atuar na exploração comercial de mercado digital voltada para seus fins institucionais;

XXII - realizar, na forma fixada pelo Conselho Diretor e aprovada pelo Conselho de Administração da CEF, aplicações não reembolsáveis ou parcialmente reembolsáveis destinadas especificamente a apoiar projetos e investimentos de caráter socioambiental, que se enquadrem em seus programas e ações, que beneficiem prioritariamente a população de baixa renda, e principalmente nas áreas de habitação de interesse social, saneamento ambiental, gestão ambiental, geração de trabalho e renda, saúde, educação, desportos, cultura, justiça, alimentação, desenvolvimento institucional, desenvolvimento rural, e outras vinculadas ao desenvolvimento sustentável.

§ 1º No desempenho de seus objetivos, a CEF opera ainda no recebimento de:

I - depósitos judiciais, na forma da lei; e

II - depósitos de disponibilidades de caixa dos órgãos ou entidades do Poder Público e das empresas por ele controladas, observada a legislação pertinente.

§ 2º A atuação prevista no inciso XXI do caput deverá ocorrer em colaboração com o órgão ou entidade da União competente para coordenar a cooperação técnica internacional” (BRASIL, 2013).

b) prestar, direta ou indiretamente, serviços relacionados às atividades de fomento da cultura e do turismo, inclusive mediante intermediação e apoio financeiro;

c) atuar como agente financeiro dos programas oficiais de habitação e de saneamento e como principal órgão de execução da política habitacional e de saneamento do Governo Federal, e operar como sociedade de crédito imobiliário para promover o acesso à moradia, especialmente para a população de menor renda;

d) atuar como agente operador e financeiro do FGTS;

e) administrar fundos e programas delegados pelo Governo Federal;

f) conceder empréstimos e financiamentos de natureza social de acordo com a política do Governo Federal, observadas as condições de retorno, que deverão, no mínimo, ressarcir os custos operacionais, de captação e de capital alocado;

g) prestar serviços de assessoria, de consultoria e de gerenciamento de atividades econômicas, de políticas públicas, de previdência e de outras matérias relacionadas à sua área de atuação, diretamente ou mediante convênio ou consórcio com órgãos, entidades ou empresas;

h) atuar em projetos e em programas de cooperação técnica internacional para auxiliar na solução de problemas sociais e econômicos;

i) realizar, na forma fixada pelo Conselho Diretor e aprovada pelo Conselho de Administração da CAIXA, aplicações não reembolsáveis ou parcialmente reembolsáveis destinadas especificamente a apoiar projetos e investimentos de caráter socioambiental que se enquadrem em seus programas e em suas ações e que beneficiem prioritariamente a população de baixa renda, e principalmente nas áreas de habitação, de interesse social, de saneamento ambiental, de gestão ambiental, de geração de trabalho e renda, de saúde, de educação, de desportos, de cultura, de justiça, de alimentação, de desenvolvimento institucional, de desenvolvimento rural, e outras vinculadas ao desenvolvimento sustentável.

O Estatuto ainda preconiza que a instituição deve seguir, além dos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade e eficiência, os seguintes preceitos:

a) programação e coordenação de suas atividades, em todos os níveis administrativos;

b) desconcentração da autoridade executiva para assegurar maior eficiência e agilidade às atividades-fim, com descentralização e desburocratização dos serviços e das operações;

- c) racionalização dos gastos administrativos;
- d) simplificação de sua estrutura, evitando o excesso de níveis hierárquicos;
- e) incentivo ao aumento da produtividade, da qualidade e da eficiência dos serviços;
- f) aplicação de regras de governança corporativa e dos princípios de responsabilidade social empresarial;
- g) administração de negócios direcionada pelo gerenciamento de risco.

Percebe-se nitidamente que a instituição incorporou preceitos valorizados pela *reforma administrativa* que buscam a desburocratização, a descentralização e a eficiência. Os preceitos orientadores da empresa valorizam:

- a) o planejamento (programação e coordenação; racionalização de gasto);
- b) a flexibilização e a descentralização da gestão (desconcentração da autoridade executiva, descentralização e desburocratização dos serviços e operações);
- c) o controle do resultado (aplicação de regras de governança corporativa e dos princípios da responsabilidade social e administração direcionada pelo gerenciamento de risco);
- d) o incentivo à eficiência (incentivo ao aumento da produtividade, da qualidade e da eficiência dos serviços) – todos objetivos sustentados pelos defensores da reforma administrativa do Estado.

No que concerne à eficiência, cumpre considerar que a instituição é constantemente desafiada pelas demais instituições públicas e privadas que atuam no mercado bancário nacional. A natureza dual de banco comercial público e de agente de políticas públicas, inserida num mercado concorrencial, obriga a empresa a inovar e a buscar sinergias entre suas atividades que proporcionem ganhos de produtividade integral. Tal peculiaridade, somada à flexibilidade, à autonomia e à descentralização de uma empresa pública em face da administração direta, tem proporcionado a essa forma de atuação bons resultados no cumprimento de sua função social, em comparação com as formas burocráticas tradicionais de execução das políticas públicas.

2.1 A dupla função social: banco comercial e agente de políticas públicas

No que diz respeito à função social desempenhada pela CEF, mais uma vez, calha ressaltar que se manifesta com dupla incidência: há uma função social econômica expressa na atuação

como banco comercial, a qual se soma a outra função social, como agente de políticas públicas. Na primeira – função social econômica – o interesse coletivo que autoriza a atuação do Estado na atividade econômica se manifesta fundamentalmente na busca de objetivos constitucionais, como o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades, a erradicação da pobreza e da marginalização social. Na condição de agente de políticas públicas, essa função social se amplia, materializando uma série de direitos sociais constitucionais, a saber: o direito à moradia, ao transporte, à alimentação, ao trabalho, à educação e à assistência aos desamparados²⁰, através de um conjunto de programas governamentais sob a gestão da empresa, como se verá a seguir.

2.1.1 A atuação como Banco Comercial

Como Banco Comercial, a empresa tem desempenhado reconhecido papel de fomento da atividade econômica nacional ao longo de sua história, ressaltando-se principalmente no tocante ao financiamento habitacional, respondendo por mais de 67% das operações imobiliárias do país. Para além disso, disponibiliza capital de giro e financiamento para setores da indústria, do comércio e dos serviços e crédito para o consumo das famílias, direcionando esforços para segmentos relevantes para o projeto de desenvolvimento do país – como micro e pequenas empresas, construção naval e mobilidade urbana - ou para públicos socialmente articulados com programas de inclusão social do governo (microcrédito).²¹

Outro aspecto significativo da função social da atuação como banco comercial é o fomento ao desenvolvimento regional, à infraestrutura e ao saneamento básico. Nesse segmento, a CAIXA desempenha papel crucial na medida em que são operações que somente se viabilizam com financiamento de longo prazo e com taxas de juros mais baixas que as geralmente praticadas pelo mercado financeiro não estatal brasileiro. A infraestrutura e o saneamento, por exemplo, respondiam por aproximadamente 8,9% da carteira de crédito total da empresa em 2014. Nesse segmento, os recursos do FGTS constituem a principal fonte de recursos para viabilizar os projetos de longo prazo na área de infraestrutura, possibilitando atualmente investimentos em energia, em portos, em hidrovias, em ferrovias, rodovias e em saneamento.

²⁰ A Emenda Constitucional nº 90, de 15 de setembro de 2015, incluiu o transporte como direito social.

²¹ A CAIXA detinha 18,1% do mercado de crédito bancário nacional, segundo informa o Relatório de Sustentabilidade da empresa de 2013.

A função social presente na atuação no mercado de crédito ficou especialmente evidente com a atuação anticíclica promovida pelos bancos públicos no quarto trimestre de 2008. A retração do crédito pelos bancos privados em razão do aprofundamento da crise financeira global somente não teve efeitos mais nefastos na economia nacional em razão da atuação dos bancos públicos. A expansão da oferta de crédito para contrapor os efeitos recessivos oriundos da escassez de crédito privado (política econômica anticíclica), tanto do setor interno como externo, foi crucial naquele momento para evitar maiores efeitos sobre a atividade econômica, o nível de emprego e até a quebra de alguns setores produtivos.

Os efeitos da crise financeira de 2008 desmistificaram muitos dos postulados defendidos pelo pensamento neoliberal, revalorizando novamente o papel regulador e indutor do Estado. Confrontando com uma crise produzida justamente pelo setor financeiro internacional, ao contrário de outros países, o Brasil obteve relativo sucesso em empreender políticas econômicas anticíclicas, o que só foi possível em razão da manutenção da participação estatal no sistema financeiro capaz de cumprir as ações públicas, de realizar programas sociais e de induzir os agentes privados a investir.

Por fim – e igualmente importante –, é a função social de promoção e de expansão da bancarização, ou seja, do processo que permite e/ou que facilita o acesso das classes menos favorecidas – vulneráveis e residentes em locais de baixa densidade populacional – aos produtos e aos serviços bancários tradicionais. Esses segmentos, em regra, não são atrativos ao mercado privado pela baixa rentabilidade que proporcionam, e por muitas vezes se localizarem em regiões de baixa densidade populacional, o que os torna pouco atrativos aos investimentos do setor privado. Com isso, é pontualmente o cumprimento dessa função social que motiva a empresa a manter canais de atendimento em todos os municípios do País, possuindo inclusive três agências-barco e 26 caminhões-agência, com o objetivo de permitir o atendimento das populações nas localidades mais isoladas.

O acesso popular aos produtos do mercado bancário e ao crédito simboliza uma função social econômica que não pode ter sua importância subestimada. Primeiramente, porque assegura a proteção dos recursos financeiros das populações de renda inferior. Dessa feita, facilita o acesso aos produtos bancários, os quais, devidamente articulados com políticas públicas de incentivo e crédito (microcrédito), podem induzir processos de

geração de renda, emprego, desenvolvimento social e regional – logo, são fatores essenciais em quaisquer esforços para a realização dos objetivos constitucionais de redução das desigualdades, de erradicação da pobreza e da marginalização. Em segundo lugar, porque a soma das reservas financeiras das pequenas economias desse grande contingente populacional possibilita a constituição de um montante expressivo de recursos financeiros (*funding*) que se revelam vitais para o financiamento de projetos de interesse coletivo e social priorizados pela instituição (infraestrutura, habitação, desenvolvimento urbano, entre outros).

Em síntese, esses exemplos consubstanciam o relevante interesse coletivo no campo econômico para atuação do Estado, através de uma empresa estatal, na atividade econômica, na forma disposta pelo art. 173 da CF. Mas o interesse coletivo igualmente se materializa, inclusive com maior clareza, nas atividades desempenhadas como agente de políticas públicas, seja prestando serviços na gestão de benefícios sociais, de programas governamentais ou atuando como mandatário da União na execução das transferências voluntárias do OGU.

2.1.2 A atuação como agente de políticas públicas

Embora geralmente a discussão das políticas públicas seja afeita à Ciência Política e à Gestão Pública, essa temática também está diretamente ligada à ciência do Direito. Afinal, não é possível realizar políticas públicas – sejam elas quais forem – sem suporte normativo. Basta lembrar que a simples consagração de um direito social não significa sua concretização e que a efetividade do direito pressupõe a adoção de um conjunto de atividades de ordem político-administrativa, também próprias do universo jurídico. Na seara do direito, ocorrerá toda a formalização da estrutura administrativa, do modelo institucional responsável por operacionalizar as políticas públicas, dando efetividade ao direito. Especialmente no campo das políticas públicas se visualizará essa interligação, através do diálogo constante entre o direito e a política.

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para realização de objetivos socialmente relevantes

e politicamente determinados. (DALLARI BUCCI, 2006, p. 39).

Nesse sentido que as funções sociais desempenhadas pela CAIXA a qualificam como agente de políticas públicas do Governo Federal. Indiscutivelmente as funções exercidas pela empresa possuem grande visibilidade e reconhecimento social e, simplificada, podem ser divididas em dois grandes grupos de atribuições: a gestão de benefícios sociais e a gestão de programas governamentais. Como já afirmado, na condição de agente de políticas públicas, a função social da empresa é ampliada para além do fomento econômico, já que é responsável por um conjunto de programas sociais que concretizam direitos constitucionais, quais sejam:

- a) Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV) (direito à moradia);
- b) Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) (direito ao transporte);
- c) Programa Bolsa-Família (direito à alimentação e à assistência aos desamparados);
- d) Seguro-Desemprego, PIS e FGTS (direito ao trabalho); entre outros.

Os programas listados demonstram que o Estado, para concretizar seu projeto social constitucional, necessita dispor de instrumentos públicos capazes de gerir e operacionalizar suas políticas sociais de forma eficiente, descentralizada e autônoma.

2.1.2.1 A gestão de benefícios sociais

No desempenho de funções que se referem à gestão de benefícios sociais, consideraram-se as atividades que envolvem principalmente a administração financeira, a gestão de cadastros e o repasse de recursos financeiros na forma e nas condições estabelecidas por cada programa. Isso posto, a gestão de benefícios sociais requer:

- a) rede presente em todo o território nacional;
- b) existência, constituição e administração de cadastros sociais;
- c) interlocução e relacionamento com outros agentes públicos ou privados participantes, entre outros pressupostos que não estão necessariamente presentes nas atividades bancárias tradicionais. Nesse grupo, a CAIXA presta serviços e/ou responde pela gestão de alguns dos mais importantes programas sociais e de transferência de renda atualmente existentes, dos quais a seguir se arrolarão os principais exemplos.

A centralização do controle e a administração das contas do FGTS, determinadas pela Lei nº 8.036/90, representam provavelmente o programa de maior impacto e projeção sobre a gestão da instituição. A atividade foi outorgada à empresa em razão dos inúmeros problemas advindos de uma gestão dispersa em diversas instituições financeiras (76, ao todo), que se refletiam na multiplicidade de cadastros e de procedimentos operacionais para gestão das contas. Confrontado com o desafio de qualificar seus serviços, o Governo Federal pôde se valer da CAIXA para realizar a centralização das 55 milhões de contas do FGTS então existentes, e obter, com isso, expressivos ganhos de eficiência tanto na gestão das contas quanto na aplicação dos recursos.

Uma noção da dimensão da gestão desses programas pode ser observada pelos números do PIS²², do Abono Salarial e do Seguro-Desemprego: somente neles (todos administrados pela CAIXA), foram movimentados 634,768 milhões de benefícios sociais de dezembro de 2011 a setembro de 2014, totalizando um montante de mais de R\$ 86,218 bilhões. Por sua vez, o principal e mais famoso programa de transferência de renda e de combate à pobreza do governo brasileiro, o Bolsa-Família, atendeu, entre 2011 e 2014, mais de 14 milhões de famílias, beneficiando aproximadamente 50 milhões de pessoas em todos os municípios brasileiros. Repara-se também a sinergia envolvida na gestão desses programas, que podem ser potencializados com a articulação de outras políticas públicas ou serviços. Assim, por exemplo, das 14 milhões de famílias beneficiadas pelo Programa Bolsa-Família, mais de 6 milhões também acessaram algum outro produto ou serviço financeiro prestado pela CAIXA, reforçando o seu potencial de inclusão e de desenvolvimento.

Outro bom exemplo dessas atividades pode ser dado pelo Programa Brasil Sem Miséria, lançado oficialmente pelo Governo Federal em 2011, a fim de elevar a renda e as condições de bem-estar das famílias extremamente pobres (renda familiar de até R\$ 70,00 por pessoa) e que ainda não são atendidas pelos programas sociais do governo, através da busca ativa do Poder Público por esse público-alvo. Além disso, pretende agregar a política de transferência de renda com o acesso a serviços públicos nas áreas de educação, de saúde, de assistência social, de saneamento, de energia elétrica, bem como promover a inclusão produtiva. A ideia central é promover um conjunto de ações que envolvam a criação

²² Os recursos arrecadados pelo PIS, a partir de 1988, passaram a integrar o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), responsável pelo financiamento dos programas de Seguro-Desemprego e abono salarial.

de novos programas e a ampliação de iniciativas já existentes, em parceria com estados, municípios, empresas públicas e privadas e organizações da sociedade civil, para permitir a inclusão da população mais pobre nas oportunidades geradas pelo desenvolvimento econômico. Para atingir tal objetivo, o programa contou com um sistema para formação do cadastro único desenvolvido pela CAIXA, visando garantir a unicidade e a integração dos dados indispensáveis à identificação das famílias em situação de vulnerabilidade social e econômica.

Entre 2011 e 2014, a base do cadastro único do Programa Brasil sem Miséria cresceu 24%, consolidando os dados de 35 milhões de famílias, compostas por mais de 129 milhões de pessoas. Uma ideia da dimensão do trabalho envolvido é dada pela operacionalização desse sistema, que realizou em média mais de 3 milhões de transações por dia nesse período, considerando inclusões e alterações cadastrais. Contudo, o desempenho da função social da empresa vai além dos serviços relacionados aos benefícios sociais, estando fortemente correlacionado à gestão de programas de governo responsáveis pela concretização de outros direitos sociais constitucionais.

2.1.2.2 A gestão de programas de governo

No ponto que toca à gestão de programas de governo, foram consideradas as atividades que envolvem financiamentos – com subsídio ou com incentivo governamental – mas que requerem, para a concretização de seus objetivos, a articulação de esforços públicos e privados, especialmente com os demais entes da Federação. O papel da CAIXA na execução desses programas geralmente resta delimitado na legislação que os rege, como comprovam os exemplos a seguir e a remuneração pelas atividades exercidas.

A remuneração pelo Estado à empresa pública não gera, por si só, qualquer vantagem indevida ou outro efeito causador de distorções no mercado concorrencial bancário. Isso porque a remuneração deve incluir apenas os custos adicionais gerados pela execução do serviço mais uma taxa de lucro condizente. Portanto, uma vez observado tal pressuposto, restam fragilizados possíveis questionamentos sobre a existência de vantagem econômica ou financeira indevida pela remuneração recebida, sob o ponto de vista do direito econômico.

2.1.2.3 Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV)

Criado a partir da Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, o já citado PMCMV tem por finalidade criar mecanismos de incentivo

à produção e à aquisição de novas unidades habitacionais, à requalificação de imóveis urbanos e à produção ou à reforma de habitações rurais para famílias com renda mensal previamente definida como prioritária ao atendimento. O Programa compreende dois subprogramas, o Programa Nacional de Habitação Urbana (PNHU) e o Programa Nacional de Habitação Rural (PNHR).

Além de contar com subvenções do orçamento da União, articula esforços com o Fundo de Desenvolvimento Social (FDS) e o Fundo de Arrendamento Residencial (FAR) para atender as famílias de renda mais baixa. As modalidades de financiamento contam com taxas de juros subsidiadas e/ou com subsídios diretos sobre o saldo devedor, com as operações garantidas com alienação fiduciária em garantia dos imóveis. Tanto a gestão operacional do PNHR²³ quanto a gestão operacional dos recursos destinados à concessão de subvenções do PNHU competem à CAIXA.²⁴ Nessa qualidade, a instituição responde, por exemplo, pela disponibilização à Secretaria Nacional de Habitação do Ministério das Cidades e ao Comitê de Acompanhamento do Programa Minha Casa Minha Vida (CAPMCMV) de dados e de informações na forma e na periodicidade que venham a ser solicitados e que permitam o acompanhamento e a avaliação dos subprogramas, além de outras atividades que lhe venham a ser atribuídas pela Secretaria Nacional de Habitação do Ministério das Cidades, no âmbito de suas competências legais.

A legislação do programa é expressa pelo art. 9º, parágrafo único e art. 16º, parágrafo único da Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009, ao estabelecer que os Ministros de Estado das Cidades e da Fazenda fixarão, em ato conjunto, a remuneração da CAIXA pelas atividades exercidas no âmbito dos programas. O impacto social e econômico dessa atividade pode ser mensurado pelo volume de contratações realizadas. Somente de 2009 a setembro de 2014, a CAIXA foi responsável pela contratação de mais de 2 milhões de unidades habitacionais pelo PMCMV.

²³ Criado em 2009, o Programa Nacional de Habitação Rural (PNHR) também contempla pescadores artesanais, extrativistas, silvícolas, aquicultores, piscicultores e comunidades quilombolas e indígenas. Segundo o Relatório de Sustentabilidade da Caixa de 2013, o programa já repassou mais de R\$ 2,7 bilhões, permitindo a contratação de 119.614 unidades habitacionais.

²⁴ As subvenções econômicas aos beneficiários são realizadas com base na disponibilidade orçamentária e financeira da União (art. 2º, Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009).

2.1.2.4 Programa de Arrendamento Residencial (PAR)

O já mencionando PAR foi instituído pela Lei nº 10.188, de 12 de fevereiro de 2001, com o objetivo de incentivar a produção de moradia à população de baixa renda, sob a modalidade de arrendamento residencial com opção de compra. Sua gestão compete ao Ministério das Cidades, e a sua operacionalização, à CAIXA. Segundo especifica a legislação do PAR (art. 1º, § 2º), também compete aos Ministros de Estado das Cidades e da Fazenda a fixação, em ato conjunto, da remuneração da CAIXA pelas atividades exercidas no âmbito do Programa.

A operacionalização do PAR ocorre através de um fundo financeiro privado – o já apontado Fundo de Arrendamento Residencial ou FAR – que possui a finalidade de segregar patrimonial e contabilmente os haveres financeiros e imobiliários destinados ao Programa. O FAR recebe recursos provenientes do OGU para viabilizar a construção de unidades habitacionais. A medida foi tomada para atender ao déficit habitacional urbano para famílias com renda até R\$ 1.600,00, considerando a estimativa da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), de 2008. Além da criação do FAR e da alocação dos recursos, a CAIXA se responsabiliza:

a) por delimitar os critérios técnicos a serem observados na aquisição, na alienação e no arrendamento com opção de compra dos imóveis destinados ao Programa;

b) por expedir os atos necessários à operacionalização do Programa;

c) por assegurar que os resultados das aplicações sejam revertidos para o fundo e que as operações de aquisição de imóveis sujeitar-se-ão aos critérios técnicos definidos para o Programa;

d) por representar o arrendador ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente; por promover, em nome do arrendador, o registro dos imóveis adquiridos;

e) por observar as restrições a pessoas jurídicas e físicas, no que se refere aos impedimentos à atuação em programas habitacionais, subsidiando a atualização dos cadastros existentes, inclusive os do SFH.

Como se vê, nesse Programa, a atuação da CAIXA ultrapassa – em muito – a mera prestação de serviços e a gestão financeira, uma vez que responde pela própria definição do Programa e representa juridicamente o arrendador (FAR). Os imóveis utilizados pelo programa são adquiridos pelo FAR. Ao Distrito Federal, aos estados e aos municípios é facultado aderir ao Programa, via Termo de Adesão, com vistas a somar esforços e a assegurar a sua

colaboração nas ações em prol do desenvolvimento de fatores facilitadores à implementação dos projetos, destacando-se a indicação das áreas prioritizadas para implantação dos projetos, isenção de tributos, aporte de recursos, indicação da demanda, indicação de solicitantes para a venda dos empreendimentos e execução do Trabalho Técnico Social junto aos beneficiários dos empreendimentos implantados.

As empresas de construção civil, por sua vez, participam através da apresentação de propostas e da execução dos projetos aprovados para aquisição de unidades habitacionais na forma estabelecida pelas normas do programa. Trata-se de um programa que exige a articulação de esforços de todas as esferas do setor público e da iniciativa privada, cabendo à CAIXA, portanto, a coordenação desses esforços. Outro apontamento importante diz respeito à previsão de que

as operações de aquisição, construção, recuperação, arrendamento e venda de imóveis obedecerão aos critérios estabelecidos pela CEF, respeitados os princípios da legalidade, finalidade, razoabilidade, moralidade administrativa, interesse público e eficiência, ficando dispensada da observância das disposições específicas da lei geral de licitação (Lei nº 10.188/2001, art. 4ª, parágrafo único). (BRASIL, 2001).

Nesse panorama, novamente se verifica o espírito da reforma administrativa analisada na seção anterior, com a tentativa de assegurar maior flexibilidade e autonomia à execução de políticas públicas para a obtenção de maior nível de eficiência, com a diferença de que, nesse modelo, as atividades que historicamente eram desempenhadas pela Administração Direta são transferidas a um ente público de direito privado, inserido num mercado concorrencial e sujeito à orientação e aos controles tradicionais da Administração Pública, além do controle de resultado cuja reforma gerencial procurava dar ênfase. Vale comentar que o FAR contratou, entre 2011 e 2014, mais de R\$ 43 bilhões, correspondendo à produção de mais de 143.570 unidades habitacionais.

2.1.2.5 Fundo de Desenvolvimento Social (FDS)

O FDS foi criado pela Lei nº 8.677, de 13 de julho de 1993, destinado ao financiamento de projetos de investimento de interesse social nas áreas de habitação popular, com permissão para o financiamento nas áreas de saneamento e de infraestrutura, desde que vinculadas aos programas de habitação, bem como

equipamentos comunitários. Para cumprir seus fins, o FDS financia projetos de iniciativa de pessoas físicas e de empresas ou de entidades do setor privado, vedando a concessão de financiamentos a projetos de órgãos da administração direta, autárquica ou fundacional da União, dos estados, do Distrito Federal ou dos municípios ou ainda das entidades sob seu controle direto ou indireto.

Novamente na condição de agente operador dos recursos do FDS, à CAIXA compete:

a) praticar todos os atos necessários à operação do FDS, de acordo com as diretrizes, os programas e as normas estabelecidos pelo Conselho Curador e pelo órgão gestor do FDS;

b) realizar, quando for o caso, o credenciamento dos agentes promotores e financeiros, em conformidade com o disposto na legislação em vigor e demais diretrizes e critérios emanados do Conselho Curador e regulamentados pelo órgão gestor;

c) adquirir, alienar, exercer os direitos inerentes aos títulos integrantes da carteira do FDS, praticando todos os atos necessários à administração da carteira;

d) analisar, emitir parecer a respeito dos projetos apresentados e aprová-los, enviando todos os pareceres ao órgão gestor, inclusive os não aprovados;

e) contratar as operações, respeitando os limites estabelecidos na forma do art. 6º;

f) acompanhar, fiscalizar e controlar os empréstimos e os financiamentos, buscando assegurar o cumprimento dos memoriais descritivos e dos cronogramas aprovados e contratados;

g) elaborar os balancetes mensais e os balanços anuais do FDS, submetendo-os à aprovação do Conselho Curador, com os balanços anuais acompanhados de parecer de auditor independente;

h) cumprir as atribuições fixadas pelo Conselho Curador.

Com recursos provenientes do OGU, aportados ao FDS, por exemplo, são promovidos o Programa Habitacional Popular Minha Casa Minha Vida - Entidades (PMCMV-E) e o Programa Crédito Solidário. Com recursos de contrapartida dos estados, do Distrito Federal e dos municípios – que podem tanto aportar recursos financeiros quanto ofertar bens e/ou serviços necessários à composição do investimento a ser realizado –, o Programa tem a intenção atender beneficiários da população de baixa renda das áreas urbanas que estejam organizados associativamente. Dessa forma, associações, cooperativas e sindicatos, por exemplo, podem acessar recursos de financiamento para a promoção de projetos habitacionais a seus participantes.

2.1.2.6 Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (SNHIS)

A CAIXA se constitui como um dos órgãos que integram o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (SNHIS)²⁵, criado pela Lei nº 11.124, de 16 de junho de 2005, com o intuito de:

a) viabilizar à população de menor renda, através de ações articuladas com os estados e os municípios, o acesso à terra urbanizada e à habitação digna e sustentável;

b) implementar políticas e programas de investimentos e subsídios, promovendo e oportunizando o acesso à habitação;

c) articular, compatibilizar, acompanhar e apoiar a atuação das instituições e dos órgãos que desempenham funções no setor da habitação.

Os princípios que orientam a estruturação, a organização e a atuação do SNHIS clarificam as funções sociais desempenhadas:

a) compatibilidade e integração das políticas habitacionais federal, estadual, do Distrito Federal e municipal, bem como das demais políticas setoriais de desenvolvimento urbano, ambientais e de inclusão social;

b) moradia digna como direito e vetor de inclusão social;

c) democratização, descentralização, controle social e transparência dos procedimentos decisórios;

d) função social da propriedade urbana, visando garantir a atuação direcionada a coibir a especulação imobiliária e permitir o acesso à terra urbana e o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade.

²⁵ Na forma do art. 5º da Lei nº 11.124/2005, integram o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Social (SNHIS) os seguintes órgãos e entidades: “I – Ministério das Cidades, órgão central do SNHIS;

II – Conselho Gestor do FNNHIS;

III – Caixa Econômica Federal – CEF, agente operador do FNNHIS;

IV – Conselho das Cidades;

V – conselhos no âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios, com atribuições específicas relativas às questões urbanas e habitacionais;

VI – órgãos e as instituições integrantes da administração pública, direta ou indireta, das esferas federal, estadual, do Distrito Federal e municipal, e instituições regionais ou metropolitanas que desempenhem funções complementares ou afins com a habitação;

VII – fundações, sociedades, sindicatos, associações comunitárias, cooperativas habitacionais e quaisquer outras entidades privadas que desempenhem atividades na área habitacional, afins ou complementares, todos na condição de agentes promotores das ações no âmbito do SNHIS; e

VIII – agentes financeiros autorizados pelo Conselho Monetário Nacional a atuar no Sistema Financeiro da Habitação – SFH” (BRASIL, 2005).

Dentro desse Sistema, a CAIXA representa o agente operador do Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS), o qual, de natureza contábil, objetiva centralizar e gerenciar recursos orçamentários para os programas estruturados no âmbito do SNHIS, destinados a implementar políticas habitacionais direcionadas à população de menor renda.

Diferentemente dos demais programas, o SNHIS pretender promover programas de habitação de interesse social, contemplando tanto a produção e a reforma de unidades quanto as ações para urbanização, produção de equipamentos comunitários, regularização fundiária e urbanística de áreas caracterizadas de interesse social, implantação de saneamento básico, infraestrutura e equipamentos urbanos, complementares aos programas habitacionais de interesse social. Os recursos do FNHIS serão aplicados de forma descentralizada, por intermédio dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, através de repasses de Fundo a Fundo, ou seja, do FNHIS para o respectivo fundo municipal ou estadual responsável pela implementação da política de habitação de interesse social na região. Nessa seara, compete à CAIXA:

a) atuar como instituição depositária dos recursos do FNHIS;
b) definir e implementar os procedimentos operacionais necessários à aplicação dos recursos do FNHIS, com base nas normas e nas diretrizes elaboradas pelo Conselho Gestor e pelo Ministério das Cidades;

c) controlar a execução físico-financeira dos recursos do FNHIS;

d) prestar contas das operações realizadas com recursos do FNHIS, com base nas atribuições que lhe sejam especificamente conferidas, submetendo-as ao Ministério das Cidades.

É adequado relatar também que, nesse Programa, as diretrizes políticas e as estratégias são definidas por um Conselho Gestor e pelo Ministério das Cidades, cabendo à CAIXA as atribuições necessárias à operacionalização da aplicação e ao controle da execução físico-financeira dos recursos na forma pactuada.

2.1.2.7 Programa de Aceleração do Crescimento (PAC)

O PAC, estabelecido pelo Governo Federal em 2007, tem o propósito de promover o desenvolvimento econômico e sustentável através da retomada do planejamento e da execução de grandes obras de infraestrutura social, urbana, logística e energética no país. Com tal finalidade, articulou-se um conjunto de medidas institucionais e econômicas, fiscais e tributárias, promotoras de melhoria do ambiente de investimento e de estímulo ao crédito e ao financiamento.

Nas medidas de estímulo ao crédito e ao financiamento, a CEF assumiu importante papel na viabilização das medidas destinadas a elevar o financiamento de longo prazo. Direcionando seus esforços para seguir a orientação social e o interesse público em vez do foco no lucro de curto prazo que caracteriza as atividades econômicas privadas, a empresa operacionalizou e articulou um conjunto de medidas essenciais para o sucesso do programa, dentre as quais se destacam:

a) a criação do Fundo de Investimento em Infraestrutura com recursos do FI-FGTS, com o objetivo de cumprir relevante função indutora de investimentos públicos e privados nos setores prioritários da infraestrutura brasileira. Vale dizer que somente isso permitiu investimentos superiores a R\$ 42,3 bilhões entre 2011 e 2014, financiando 43 projetos distribuídos por todo o território brasileiro nas áreas de energia, de ferrovias, de rodovias, de aeroportos, de hidrovias, de portos, de saneamento, entre outros setores;

b) a concessão de financiamentos a entes públicos, estados e municípios para investimentos nas áreas de saneamento e de habitação popular, os quais foram viabilizados pela concessão pela União de crédito de R\$ 5,2 bilhões para a CAIXA aplicar com tal finalidade.

O Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) congloba seis eixos de ação – Transportes; Energia; Cidade Melhor; Comunidade Cidadã; Minha Casa Minha Vida e Água e Luz para Todos – e, segundo retrata o 11º Balanço 2011-2014 (RIO GRANDE DO SUL, 2011), até 31 de outubro de 2014, o montante investido pelo Programa atingiu R\$ 1,009 trilhão – o equivalente a 91,3% do total previsto –, tendo sido investidos somente no Rio Grande do Sul, entre 2011 e 2014, R\$ 65, 95 bilhões.

Além das ações integrantes do Programa que requerem a liberação de financiamento, a CAIXA também atuou como mandatária da União em uma série de contratos de repasse de recursos do OGU, propiciando diversos empreendimentos, que incluem desde a aquisição de equipamentos (retroescavadeiras, motoniveladoras, caminhões-caçamba, entre outros) para a recuperação de estradas vicinais pelos municípios, a construção de galpões de triagem de resíduos sólidos, os serviços de saneamento e de drenagem, de pavimentação e de qualificação de vias urbanas até a sinalização turística e a construção de quadras poliesportivas e de centros de esportes. A atuação como mandatária do Ministério da Justiça no Programa de Construção de Estabelecimentos Penais ilustra a amplitude alcançada pela empresa na operacionalização de políticas públicas do Governo

Federal. Ainda no que se refere ao Programa, somente no Rio Grande do Sul, em 2015, encontram-se em execução contratos de repasse alusivos à construção de penitenciárias e de cadeias públicas, à aquisição de equipamentos, de veículos e de mobiliários e à construção do Centro Regional de Excelência em Perícias Criminais do Sul, em Porto Alegre, que somam recursos de aproximadamente R\$ 100 milhões.

E justamente na atuação como mandatária dos contratos de repasse do OGU se verifica a atividade desempenhada pela CAIXA mais típica da administração direta e atípica do setor financeiro, uma vez que envolve a contratação, a operacionalização, a análise de planos de trabalhos e de documentação técnica, institucional e jurídica das propostas selecionadas, acompanhando a execução de obras e de serviços, a prestação de contas, a liberação dos recursos e, especialmente, a relação institucional com os demais entes da Federação. Somente em 2014, exemplificativamente, a CAIXA intermediou R\$ 26,92 bilhões em Transferências de Recursos da União para Estados e Municípios.

Tabela 1 - Modalidades de Transferência de Recursos

Modalidade	Valor	%
Contrato de Repasses (OGU)	R\$ 2,02 bilhões	7,5%
PAC	R\$ 3,3 bilhões	12,3%
Convênios	R\$ 2,1 bilhões	7,8%
Fundo a Fundo Saúde	R\$ 19,5 bilhões	72,4%
Total	R\$ 26,92 bilhões	100%

Fonte: CEF (2015)

3 Os contratos de repasse do Orçamento Geral da União (OGU)

Os contratos de repasse sintetizam uma alternativa entre os instrumentos utilizados para a realização das transferências voluntárias dos recursos do OGU. O conceito de transferências voluntárias encontra-se na Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 – a chamada Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF):

Art. 25. Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federa-

ração, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde.

§ 1º São exigências para a realização de transferência voluntária, além das estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias:

I - existência de dotação específica;

II - (VETADO)

III - observância do disposto no inciso X do art. 167 da Constituição;

IV - comprovação, por parte do beneficiário, de:

a) que se acha em dia quanto ao pagamento de tributos, empréstimos e financiamentos devidos ao ente transferidor, bem como quanto à prestação de contas de recursos anteriormente dele recebidos;

b) cumprimento dos limites constitucionais relativos à educação e à saúde;

c) observância dos limites das dívidas consolidada e mobiliária, de operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, de inscrição em Restos a Pagar e de despesa total com pessoal;

d) previsão orçamentária de contrapartida.

§ 2º É vedada a utilização de recursos transferidos em finalidade diversa da pactuada.

§ 3º Para fins da aplicação das sanções de suspensão de transferências voluntárias constantes desta Lei Complementar, excetuam-se aquelas relativas a ações de educação, saúde e assistência social (BRASIL, 2000).

As transferências voluntárias de recursos dos órgãos ou das entidades da administração pública direta e indireta da União podem ser realizadas para qualquer órgão ou entidade da administração pública direta e indireta, de qualquer esfera de governo, ou entidade privada sem fins lucrativos. Tratando-se de transferências voluntárias da União²⁶, efetuam-se dentro da política federativa brasileira como forma de auxiliar, de cooperar e de atuar conjuntamente na resolução de problemas e na efetivação de políticas públicas.

²⁶ Além das transferências voluntárias, a União também realiza transferências obrigatórias, ou seja, aquelas transferências de recursos financeiros determinadas em lei ou na Constituição, na quais inexistente qualquer poder discricionário da autoridade pública quanto a conveniência e oportunidade ou momento do repasse para o outro ente federativo. As transferências voluntárias, por sua vez, são realizadas em razão do juízo discricionário da autoridade pública, sendo feitas mediante contratos e convênios para alcançar objetivos previamente pactuados no instrumento de transferência.

O planejamento, a coordenação, a descentralização, a delegação de competência e o controle englobam princípios fundamentais da Administração Pública, previstos no Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. As atividades da Administração Federal, desde então, têm por diretriz buscar ampla descentralização, tendo o decreto estabelecido que, “ressalvados os casos de manifesta impraticabilidade ou inconveniência, a execução de programas federais de caráter nitidamente local deverá ser delegada, no todo ou em parte, mediante convênio, aos órgãos estaduais ou municipais incumbidos de serviços correspondentes” (art. 10, § 5º) (BRASIL, 1967). Já naquele momento, a reforma administrativa almejada fixava entre seus objetivos desincumbir-se das tarefas de planejamento, de coordenação, de supervisão e de controle e, com o fito de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, determinava à Administração desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução (art. 10, § 7º).

3.1 A CAIXA como mandatária da União nos contratos de repasse

Na década de 1990, exatamente no momento em que se projeta a discussão da Reforma Administrativa voltada à visão gerencial do aparelho burocrático do Estado, a CAIXA passa a atuar na condição de mandatária da União na formalização, no acompanhamento e na execução dos contratos de repasse firmados pela União para a transferência voluntária de recursos aos demais entes federativos. Então,

A partir do ano de 1995, a instituição passou a exercer um papel inédito, acompanhando e fiscalizando a correta aplicação de recursos públicos federais repassados do Orçamento Geral da União para os Estados e Municípios brasileiros ou outras entidades públicas e privadas, como fundações universitárias e hospitalares. Também é a Caixa Econômica Federal que está encarregada de repassar recursos oriundos de outras fontes internas ou externas, como é o caso dos financiamentos do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), Banco Mundial (BIRD), do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e outras instituições multilaterais (SILVA, 2002, p. 222).

Inicialmente, as atividades foram assumidas em razão de acordo de cooperação firmado entre a União e a CAIXA, na qualidade de mandatária, com a previsão dos limites dos poderes outorgados e as funções a serem desempenhadas pela instituição financeira. Essa opção do gestor público pela transferência das atividades deve ser analisada à luz de dois fatores: a influência do programa de Reforma Administrativa com visão gerencial que tem, entre suas diretrizes, o estabelecimento de parcerias com o objetivo de alcançar maior eficiência, priorizando-se o controle por resultados, e as carências de recursos e a inadequação estrutural dos órgãos da administração direta em realizar um crescente número de políticas públicas através da sua própria estrutura administrativa e de pessoal. Nesse último aspecto, por diversas vezes, o Tribunal de Contas da União (TCU), ao analisar questionamentos sobre a legalidade desse procedimento, consignou como um dos principais motivos que levaram os gestores a buscar a parceria com a instituição “a necessidade de redução dos estoques de processos pendentes de avaliação final de obras e o reduzido quadro técnico existente nos Ministérios para atendimento do grande volume de contratos celebrados anualmente” (como se vê em TC 007.594/2002-9 e em TC 004.736/2002-6). Nesse ponto de vista, o acórdão nº 788/2006 do TCU assim se manifestou:

Constatou-se que vários órgãos da administração pública, por não possuírem estrutura para acompanhamento e fiscalização dos recursos transferidos por convênio, optaram por contratar instituição financeira oficial, no caso a CEF, para celebração de contratos de repasse para a transferência de recursos da União para Estados e Municípios, sobretudo por causa de sua estrutura capilarizada, mais próxima, portanto, do local de execução do convênio. (BRASIL, 2006a).

Além do mais, inúmeros problemas de controle, de prestação de contas e de irregularidades decorrentes de falhas estruturais, administrativas e operacionais em convênios operacionalizados de forma direta pela União consolidaram gradativamente o papel da CAIXA como agente operador dos contratos de repasse da União, especialmente em razão dos bons resultados obtidos pela empresa na sua execução, decorrentes da capilaridade, da flexibilidade, do controle e da economicidade advindos dos ganhos de escala e do escopo que possui diante das formas tradicionais de atuação do Poder Público. Por conseguinte,

Os novos serviços foram confiados à Caixa Econômica Federal em razão da reconhecida qualidade técnica e

experiência de muitos anos do corpo profissional da instituição em áreas as mais diversas, como análise econômica, jurídica, engenharia e gestão. A eficiência na gestão da aplicação de recursos públicos, respaldada pelos organismos internacionais, tem um significado todo especial, pois representa uma vitória contra a corrupção e o desperdício de dinheiro destinado a obras sociais ou de interesse público (SILVA, 2002, p. 222).

As vantagens dos serviços prestados pela CAIXA, no que se trata do controle, da eficiência, da economicidade e da regularidade da execução em relação aos procedimentos tradicionais dos órgãos da Administração Pública, também foram constatadas pelo TCU, como exemplifica o trecho da TC 007.452/2003-5:

a atuação da CAIXA nos contratos de repasse tem contribuído de forma satisfatória para o cumprimento das metas de transferências voluntárias, consignadas nas leis orçamentárias, de recursos da União para os outros entes da Federação; e os procedimentos adotados pela CAIXA nos contratos de repasse podem ser considerados como boa prática na administração pública e a estrutura existente para acompanhar a execução das obras e serviços contratados tem se mostrado eficiente quanto ao aspecto da legalidade, tendo em vista o fato de que a atuação da CAIXA inibe a ocorrência de situações irregulares, como a não-execução do objeto pactuado, o desvio de finalidade, a má aplicação dos recursos e o superfaturamento. O fato de a CAIXA efetivar medições das obras é um ponto positivo no processo, posto que o acompanhamento da execução do objeto permite que haja a regular aplicação dos recursos, dentro dos padrões de qualidade exigidos pelas normas técnicas, a preços compatíveis com o mercado; à época da ANOP (Auditoria de Natureza Operacional), a CAIXA contava com empregados em seu quadro com diversas formações como: engenheiros, arquitetos, assistentes técnicos, técnicos sociais, técnicos de fomento e analistas, além de contar com 2.644 empresas de engenharia e 170 empresas de trabalho social terceirizadas e habilitadas a prestarem serviços referentes à operacionalização dos contratos de repasse (BRASIL, 2006b).

As atribuições da CAIXA eram delimitadas, em termos de cooperação firmada com a União, com base no Decreto nº 1.819, de 16 de fevereiro de 1996, que sucintamente previa:

Art. 1º As transferências de recursos da União, consignadas na lei orçamentária anual ou referentes a créditos adicionais para Estados, Distrito Federal ou

Municípios, a qualquer título, inclusive sob a forma de subvenções, auxílios ou contribuições, serão realizadas mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, observadas as disposições legais pertinentes.

Art. 2º As transferências de que trata o artigo anterior poderão ser feitas por intermédio de instituições ou agências financeiras oficiais federais, que atuarão como mandatárias da União.

Parágrafo único. Na hipótese deste artigo o Ministério competente para a execução do programa ou projeto deverá firmar, com a instituição ou agência financeira escolhida, o respectivo instrumento de cooperação, em que serão fixados, dentre outros, os limites de poderes outorgados (BRASIL, 1996).

O caráter genérico do decreto ocasionou diversos questionamentos quanto à legalidade da contratação da CAIXA. O TCU foi instado a se manifestar sobre aspectos concernentes à atuação da instituição, especialmente quanto ao percentual acordado para pagamento pela fiscalização das obras e para subcontratação dos serviços de engenharia, e a possibilidade do exercício de função fiscalizadora das licitações realizadas pelos entes contratantes (estados e municípios) pela mandatária. Por decorrência, justificou-se o aperfeiçoamento do regramento legal dos contratos de repasse, através do Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007.

Figura 1 - Orçamento Geral da União



Fonte: CEF (2015).

3.1.1 Os contratos de repasse sob o regramento do Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007

O Decreto nº 6.170 disciplinou os contratos de repasse do OGU, com o intento de dirimir muitas das dúvidas e dos questionamentos existentes e de aperfeiçoar o procedimento administrativo e seus mecanismos de controle.

Os contratos de repasse foram definidos como instrumento administrativo, de interesse recíproco, por meio do qual a transferência dos recursos financeiros se processa exclusivamente por intermédio de instituição financeira oficial, que atua como mandatário da União. Posteriormente, por força do Decreto nº 8.244/2014, foi determinado que as transferências financeiras para órgãos públicos e entidades públicas e privadas – decorrentes da celebração de convênios e de contratos de repasse – serão feitas exclusivamente por intermédio de instituição financeira oficial, federal ou estadual, que poderá atuar como mandatária da União para execução e fiscalização.

A transferência de recursos financeiros via convênios²⁷ e termos de execução descentralizada²⁸ também se regulamenta pelo Decreto nº 6.170/2007. Os instrumentos, os contratos de repasse, os convênios e os termos de execução descentralizada são celebrados pelos órgãos e pelas entidades da administração pública federal com órgãos ou entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos, para a execução de programas, de projetos e de atividades que envolvam a transferência de recursos ou a descentralização de créditos oriundos do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União.

²⁷ Os convênios são definidos no Decreto (art. 1º, §1º, I) como o acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas no Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando à execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação.

²⁸ A definição do termo de execução descentralizada consta do art. 1º, § 1º, III – “instrumento por meio do qual é ajustada a descentralização de crédito entre órgãos e/ou entidades integrantes do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União, para execução de ações de interesse da unidade orçamentária descentralizadora e consecução do objeto previsto no programa de trabalho, respeitada fielmente a classificação funcional programática”.

Contudo, o § 3º do art. 1º parece afirmar a realização de contratos de repasse como regra, ao determinar que “excepcionalmente, os órgãos e entidades federais poderão executar programas estaduais ou municipais, e os órgãos da administração direta, programas a cargo de entidade da administração indireta, sob regime de mútua cooperação mediante convênio” (BRASIL, 2007). Importa ressaltar que a CAIXA também atua como agente financeiro repassador dos recursos decorrentes da celebração de convênios com os estados, os municípios e as entidades públicas e privadas de interesse público.

A transferência de recursos do poder contratante – ou seja, do órgão ou da entidade da administração pública direta e indireta da União que pactua a execução de programa, de projeto, de atividade ou de evento, por intermédio de instituição financeira federal (mandatária) mediante a celebração de contrato de repasse – pode ser realizada para qualquer órgão ou entidade da administração pública direta e indireta, de qualquer esfera de governo, bem como para entidade privada sem fins lucrativos, com a qual a administração federal pactua a execução de contrato de repasse.²⁹

²⁹ Há, contudo, vedação da celebração de convênios e contratos de repasse, nas seguintes situações (art. 2º): “I - com órgãos e entidades da administração pública direta e indireta dos Estados, Distrito Federal e Municípios cujo valor seja inferior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais) ou, no caso de execução de obras e serviços de engenharia, exceto elaboração de projetos de engenharia, nos quais o valor da transferência da União seja inferior a R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais); (Redação dada pelo Decreto nº 7.594, de 2011);

II - com entidades privadas sem fins lucrativos que tenham como dirigente agente político de Poder ou do Ministério Público, dirigente de órgão ou entidade da administração pública de qualquer esfera governamental, ou respectivo cônjuge ou companheiro, bem como parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o segundo grau; e (Redação dada pelo Decreto nº 6.619, de 2008);

III - entre órgãos e entidades da administração pública federal, caso em que deverá ser observado o art. 1º, § 1º, inciso III; (Redação dada pelo Decreto nº 7.568, de 2011);

IV - com entidades privadas sem fins lucrativos que não comprovem ter desenvolvido, durante os últimos três anos, atividades referentes à matéria objeto do convênio ou contrato de repasse; e (Incluído pelo Decreto nº 7.568, de 2011);

V - com entidades privadas sem fins lucrativos que tenham, em suas relações anteriores com a União, incorrido em pelo menos uma das seguintes condutas: (Incluído pelo Decreto nº 7.568, de 2011)

a) omissão no dever de prestar contas; (Incluído pelo Decreto nº 7.568, de 2011)

Outra importante inovação do Decreto nº 6.170, de 25 de julho de 2007, foi a criação do Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse (SICONV) (Portal de Convênios), através do qual todos os convênios e os contratos de repasse de recursos voluntários da União passaram a ser celebrados, operacionalizados e acompanhados através de um único sistema, o Portal de Convênios do Governo Federal (www.convenios.gov.br). A medida, além da evidente desburocratização propiciada pela unificação de vários sistemas em um único, qualifica a gestão administrativa, assegurando maior controle, transparência e eficiência, especialmente por permitir o acompanhamento de todas as fases do procedimento pela sociedade através da internet. O sistema permite ainda ao gestor acessar rapidamente as informações de cada um dos programas e acompanhar sua execução (celebração, alteração, liberação de recursos, execução do projeto, prestação de contas, entre outras ações).

3.2 O ciclo de operacionalização de um contrato de repasse

Na condição de mandatária da União, compete à CAIXA a operacionalização do contrato, ou seja:

- a) a instrução das propostas selecionadas;
- b) a celebração dos contratos de repasse;
- c) o acompanhamento através do recebimento e da análise dos Planos de Trabalhos, da documentação técnica, institucional e jurídica das propostas previamente selecionadas;
- d) a vistoria da execução das obras e serviços;
- e) a disponibilização dos dados e das informações quanto ao acompanhamento da prestação de contas.

b) descumprimento injustificado do objeto de convênios, contratos de repasse ou termos de parceria; (Incluído pelo Decreto nº 7.568, de 2011)

c) desvio de finalidade na aplicação dos recursos transferidos; (Incluído pelo Decreto nº 7.568, de 2011)

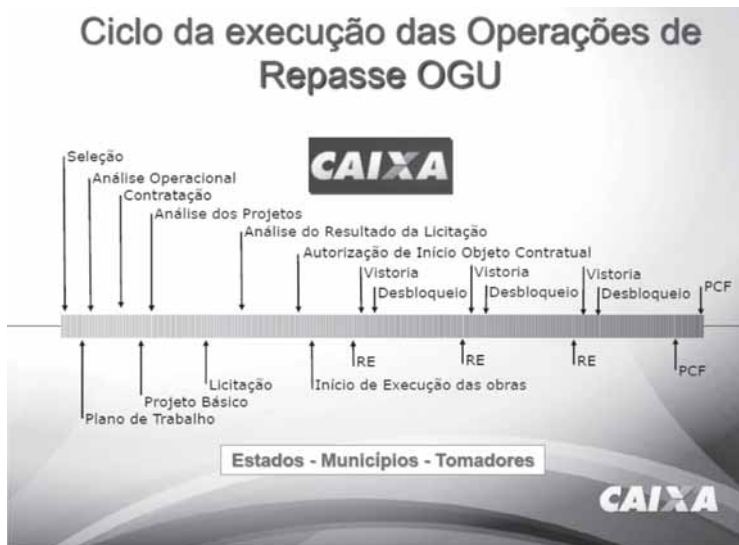
d) ocorrência de dano ao Erário; ou (Incluído pelo Decreto nº 7.568, de 2011)

e) prática de outros atos ilícitos na execução de convênios, contratos de repasse ou termos de parceria. (Incluído pelo Decreto nº 7.568, de 2011).
Parágrafo único. Para fins de alcance do limite estabelecido no inciso I do caput, é permitido: (Redação dada pelo Decreto nº 7.568 de 2011);

I - consorciamento entre os órgãos e entidades da administração pública direta e indireta dos Estados, Distrito Federal e Municípios; e

II - celebração de convênios ou contratos de repasse com objeto que englobe vários programas e ações federais a serem executados de forma descentralizada, devendo o objeto conter a descrição pormenorizada e objetiva de todas as atividades a serem realizadas com os recursos federais" (BRASIL, 2007).

Figura 2 - Ciclo de execução das Operações de Repasse OGU



Fonte: CEF (2015).

Desse modo, a atuação da CAIXA ocorre em cada uma das fases entre a seleção dos planos de trabalho e a prestação de contas final. A seleção dos projetos que serão contemplados com recursos, em regra, é realizada através de chamamento público³⁰, ao qual deverá ser dada ampla publicidade, com divulgação no Portal de Convênios da União e na página oficial do

³⁰ Art. 4º, § 2º, Decreto nº 6.170 - "O Ministro de Estado ou o dirigente máximo da entidade da administração pública federal poderá, mediante decisão fundamentada, excepcionar a exigência prevista no caput nas seguintes situações: (Incluído pelo Decreto nº 7.568, de 2011)

I - nos casos de emergência ou calamidade pública, quando caracterizada situação que demande a realização ou manutenção de convênio ou contrato de repasse pelo prazo máximo de cento e oitenta dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação da vigência do instrumento; (Incluído pelo Decreto nº 7.568, de 2011)

II - para a realização de programas de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer sua segurança; ou (Incluído pelo Decreto nº 7.568, de 2011)

III - nos casos em que o projeto, atividade ou serviço objeto do convênio ou contrato de repasse já seja realizado adequadamente mediante parceria com a mesma entidade há pelo menos cinco anos e cujas respectivas prestações de contas tenham sido devidamente aprovadas. (Incluído pelo Decreto nº 7.568, de 2011) (BRASIL, 2007).

órgão ou da entidade concedente. O chamamento público deverá estabelecer os critérios objetivos da seleção no que tange à qualificação técnica e à capacidade operacional do proponente. Assim, a entidade interessada em contratar deverá primeiramente realizar o cadastramento junto ao SICONV e apresentar um Plano de Trabalho, que deverá conter:

- a) a descrição do objeto a ser executado;
- b) a justificativa;
- c) a importância do projeto;
- d) as metas a serem atingidas;
- e) o público beneficiado e os resultados esperados;
- f) a estimativa dos recursos financeiros necessários, discriminando o valor do repasse e da contrapartida da entidade contratada;
- g) o prazo de execução previsto;
- h) as informações relativas à capacidade técnica e gerencial do proponente para a execução, entre outros pontos.

Uma vez selecionado, o proponente efetuará a contratação e deverá apresentar um projeto básico, o qual deve caracterizar a obra e/ou o serviço objeto do contrato, com todos os elementos necessários para demonstrar a viabilidade técnica, os custos, as fases, o tratamento do impacto ambiental, a avaliação do custo da obra ou do serviço de engenharia e a definição dos métodos e do prazo de execução. Em todas as fases, a CAIXA também presta assistência aos proponentes através do seu corpo técnico profissional. No que se refere à avaliação de custos, por exemplo, desenvolveu e disponibilizou aos interessados o Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (SINAPI) (CAIXA, 2015).

Outro elemento indispensável aos entes públicos contratantes compreende a demonstração de cumprimento das exigências legais para a realização de transferência voluntária existentes na CF, na LRF (Lei Complementar nº 101/2000), na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e na legislação federal pertinente. Entre outras exigências, o proponente deverá evidenciar:

- a) que observou os limites de gastos com pessoal;
- b) que publicou o relatório de execução orçamentária e o relatório de gestão fiscal;
- c) que regulamentou e que arrecadou todos os tributos previstos nos art. 155 e 156 da CF;
- d) que não possui pendências financeiras e contratuais com a União;
- e) que atende aos limites constitucionais de aplicação em saúde e em educação;

f) que há previsão orçamentária de contrapartida no orçamento do ente contratante;

g) que tem licença ambiental;

h) que respeita os limites legais de endividamento;

i) que comprove os poderes inerentes à propriedade do imóvel quando o objeto do contrato envolver obra ou benfeitorias em imóvel.

O proponente poderá comprovar o atendimento das exigências da CF, da LRF, da LDO e da legislação federal aplicável através de extrato emitido pelo subsistema denominado Cadastro Único de Exigências para Transferências Voluntárias para Estados e Municípios (CAUC), que verifica o atendimento dessas exigências. Além delas, logicamente o proponente deverá também cumprir todas as exigências específicas previstas em cada um dos programas governamentais responsáveis pela transferência dos recursos.³¹ Com o atendimento desses requisitos, o contrato de repasse será firmado e publicado nos respectivos Diários Oficiais e estabelecerá detalhadamente:

a) o objeto e seus elementos característicos, em consonância com o Plano de Trabalho, que integrará o termo celebrado independentemente de transcrição;

b) as obrigações de cada um dos partícipes;

c) a contrapartida, quando couber, e a forma de sua aferição, quando atendida por meio de bens e de serviços;

d) as obrigações do interveniente, quando houver;

e) a vigência, fixada de acordo com o prazo previsto para a consecução do objeto e em função das metas estabelecidas;

f) a obrigação de o contratante prorrogar de ofício a vigência do instrumento antes do seu término, quando der causa a atraso na liberação dos recursos, limitada a prorrogação ao exato período do atraso verificado;

g) a prerrogativa de o órgão ou a entidade transferidor(a) dos recursos financeiros assumir ou transferir a responsabilidade pela execução do objeto, no caso de paralisação ou da ocorrência de fato relevante, de modo a evitar sua descontinuidade;

h) a classificação orçamentária da despesa, mencionando-se o número e a data da Nota de Empenho ou da Nota de Movi-

³¹ Observe-se que os dados e as informações constantes do SICONV possuem fé pública. Nesse sentido, dispõe a Orientação Normativa nº 30, de 15 de abril de 2010, da Advocacia-Geral da União: “os dados constantes no sistema de gestão de convênios e contratos de repasse (SICONV) possuem fé pública. Logo, os órgãos jurídicos não necessitam solicitar ao gestor público a apresentação física, a complementação e a atualização de documentação já inserida no ato de cadastramento no SICONV, salvo se houver dúvida fundada”.

mentação de Crédito e a declaração de que, em termos aditivos, indicar-se-ão os créditos e os empenhos para sua cobertura, de cada parcela da despesa a ser transferida em exercício futuro;

i) o cronograma de desembolso conforme o Plano de Trabalho, incluindo os recursos da contrapartida pactuada, quando houver;

j) a obrigatoriedade de o conveniente ou o contratado incluir regularmente no SICONV as informações e os documentos exigidos por tal Portaria, mantendo-os atualizados;

k) a obrigatoriedade de restituição de recursos, nos casos previstos nesta Portaria;

l) no caso de órgão ou de entidade pública, a informação de que os recursos para atender as despesas em exercícios futuros, no caso de investimento, estão consignados no plano plurianual ou em prévia lei que os autorize;

m) a obrigação do conveniente de manter e de movimentar os recursos na conta bancária específica do convênio ou do contrato de repasse em instituição financeira controlada pela União, quando não integrante da conta única do Governo Federal;

n) a definição, se for o caso, do direito de propriedade dos bens remanescentes na data da conclusão ou da extinção do instrumento, que, em razão deste, tenham sido adquiridos, produzidos, transformados ou construídos, respeitado o disposto na legislação pertinente;

o) a forma pela qual a execução física do objeto será acompanhada pelo contratante, inclusive com a indicação dos recursos humanos e tecnológicos que serão empregados na atividade;

p) o livre acesso dos servidores dos órgãos ou das entidades públicas concedentes ou contratantes e os do controle interno do Poder Executivo Federal e do TCU aos processos, aos documentos, às informações referentes aos instrumentos de transferências regulamentados por esta Portaria, bem como aos locais de execução do objeto;

q) a faculdade de os partícipes rescindirem o instrumento, a qualquer tempo;

r) a previsão de extinção obrigatória do instrumento em caso de o Projeto Básico não ter sido aprovado ou apresentado no prazo estabelecido, quando for o caso;

s) a indicação do foro para dirimir as dúvidas decorrentes da execução dos convênios, dos contratos ou dos instrumentos congêneres, estabelecendo a obrigatoriedade da prévia tentativa de solução administrativa;

t) a previsão de, na ocorrência de cancelamento de Restos a Pagar, que o quantitativo possa ser reduzido até a etapa que apresente funcionalidade;

- u) a forma de liberação dos recursos ou de desbloqueio;
- v) a obrigação de prestar contas dos recursos recebidos no SICONV;
- w) o bloqueio de recursos na conta-corrente vinculada, quando se tratar de contrato de repasse;
- x) a responsabilidade solidária dos entes consorciados, nos instrumentos que envolvam consórcio público;
- y) o prazo para apresentação de prestação de contas, entre outros.

Todas as condições e procedimentos supracitados são rigorosamente acompanhados e verificados pela CAIXA em cada fase da execução contratual. Na análise do projeto, por exemplo, o corpo de engenharia da instituição analisa a viabilidade da execução do objeto e do cumprimento das metas previstas. Outra consideração essencial sobre a atuação da instituição diz respeito à objetividade e à padronização da sua atuação, uma vez que todos os procedimentos, funções e responsabilidades são minuciosamente regrados por normativos internos.

Uma vez firmado o contrato e aprovado o projeto, ocorrerá a liberação do contratado para realizar o processo licitatório. A documentação referente, as atas e as informações sobre os participantes e as respectivas propostas apresentadas, além das informações pertinentes às dispensas e às inexigibilidades, devem obrigatoriamente ser registradas no SICONV. Nesse aspecto, outra questão imprescindível toca aos poderes da CAIXA, na condição de mandatária da União, quanto à fiscalização do procedimento licitatório efetuado pelos entes contratados. Não compete à mandatária adentrar no mérito da legalidade do processo licitatório, isso porque não possui poderes para atuar como órgão de controle externo, devendo se limitar a verificar a ocorrência formal da licitação.

Outra questão pontual – já examinada pelo TCU – tange à possibilidade de contratação da CAIXA apenas para a realização de vistoria de avaliação final da execução do objeto do contrato. Entendeu o TCU que a contratação direta da instituição apenas para esse objetivo se afasta do modelo de contrato de repasse típico, pois não há interveniência do agente financeiro para transferência de recurso, mas apenas para vistoria da execução do objeto. Comprovada a realização da licitação, a CAIXA procederá à autorização ao ente contratado, para iniciar a obra objeto do contrato de repasse. Após a conclusão de cada etapa da obra – conforme consta no cronograma de execução –, será realizada a vistoria pelos profissionais de engenharia da empresa, sendo depois atestado o cumprimento da etapa e efetuada a liberação e o pagamento.

Os recursos destinados à execução de contratos de repasse são mantidos bloqueados em conta específica, somente sendo liberados, na forma ajustada, após a verificação da regular execução do objeto pela CAIXA, na condição de mandatária da União.

Por fim, deverá o contratado realizar a prestação de contas diretamente no SICONS, apresentando:

- a) o relatório de cumprimento do objeto;
- b) a declaração de realização dos objetivos a que se propunha o contrato de repasse;
- c) a relação de bens adquiridos, produzidos ou construídos, ou a relação de treinados ou de capacitados, ou dos serviços prestados, conforme o caso;
- d) o comprovante de recolhimento do saldo de recursos, quando houver;
- e) o termo de compromisso por meio do qual o conveniente ou o contratado se obriga a manter os documentos relacionados ao convênio ou ao contrato de repasse pelo prazo de dez anos, contado da data em que foi aprovada a prestação de contas.

Constatada a omissão no dever de prestar contas, após oportunizada a regularização das pendências existentes, deverá ser instaurada Tomada de Contas Especial (TCE), ou seja, o procedimento administrativo que objetiva apurar a responsabilidade por danos causados ao erário público e obter o seu ressarcimento. Em síntese, pode-se concluir que a atuação da CAIXA como mandatária da União na efetivação da transferência voluntária dos recursos do OGU representa dupla evolução em relação aos procedimentos burocráticos tradicionalmente utilizados pela Administração Pública direta. Primeiramente, porque atinge os objetivos de descentralização e de eficiência almejados tanto pela Reforma Administrativa de 1967 quanto pela Reforma Administrativa de cunho gerencial dos anos de 1990. De outra forma, há perceptível aperfeiçoamento da relação federativa, da transparência e do controle público e social sobre a gestão e a aplicação dos recursos, especialmente em razão de todo o procedimento ser de responsabilidade de um quadro técnico profissional contratado por concurso público – pouco suscetível a pressões políticas – estando, em todas as suas etapas, minuciosamente regrado por normativos internos da empresa.

Nesse ponto, importa registrar que o quadro técnico profissional da empresa – especialmente os profissionais de Engenharia e de Arquitetura – tem desempenhado um conjunto amplo e importante de atividades na seara do planejamento urbano e da infraestrutura, inclusive no que diz respeito à orientação e à assessoria aos estados e aos municípios. Do mesmo modo, tal ca-

racterística de agente técnico não sujeito às injunções político-ideológicas diretas permite que a instituição atue como importante espaço de interlocução e de articulação de esforços entre os entes federativos (União, estados e municípios) governados por partidos políticos distintos na busca da execução de programas e de políticas públicas de interesse comum.

Em suma, nota-se a modernização e aperfeiçoamento da gestão sem se abdicar do controle público sobre a operacionalização das políticas públicas, ganhando-se eficiência, controlando-se resultados e descentralizando-se a execução. Enfim, se consolida um modelo de gestão que aprimora o Estado Democrático, reforça o federalismo e permite a eficiente concretização das políticas públicas.

Ainda no que diz respeito à economicidade e à eficiência, deve-se também considerar que o modelo dos contratos de repasse permite que o custo dos serviços prestados seja contabilizado detalhadamente, facilitando ao Governo Federal dimensionar e adequar suas políticas públicas em relação ao seu custo de execução. Nessa perspectiva, por exemplo, alguns programas podem possuir objetos cujo valor de execução não justifique a realização de contratos de repasse em razão do seu próprio custo administrativo.

3.3 Os contratos de repasse administrados pela CAIXA em números

Finalmente, cumpre mensurar brevemente o impacto social e econômico dessa atividade da CAIXA: uma dimensão pode ser dada pelo montante de recursos repassados do OGU no ano de 2012. Os valores em todo o Brasil atingiram mais de R\$ 92,7 bilhões, com R\$ 24,66 bilhões (26,6%) não integrantes do PAC e R\$ 68,01 (73,4%) bilhões referentes ao PAC. Somente no Rio Grande do Sul foram repassados mais de R\$ 4 bilhões, sendo R\$ 3,06 bilhões (62,2%) referentes ao PAC e R\$ 1,86 bilhão (37,8%) não integrantes do Programa.

Gráfico 1 - Orçamento Geral da União



Fonte: CEF (2015).

A seguir, a título meramente ilustrativo, elencam-se alguns dos programas sob a responsabilidade da CAIXA:

a) Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - Órgão Gestor dos Projetos de Apoio ao Desenvolvimento do Setor Agropecuário (PRODESA) e Recursos do FFAP-MAA;

b) Ministério das Cidades - Gestor dos Programas: Morar Melhor, Infraestrutura Urbana - Pró-Infra, Saneamento é Vida, Gestão de Resíduos Sólidos Urbanos - PROGEST e Gestão Urbana e Metropolitana, Ação de Municipalização do Turismo, Apoio Desenvolvimento Urbano Município Médio e Grande Porte, Apoio Desenvolvimento Urbano Município Pequeno Porte, Drenagem Urbana Sustentável, Fortalecimento de Gestão Municipal Urbana, Habitação de Interesse Social, Implantação de Saneamento Básico, Mobilidade Urbana, Programa de Ação Social em Saneamento, Revitalização de Bens do Patrimônio Histórico Nacional, Trilhos Urbanos, Urbanização Regularização Integração de Assentamentos Precários, Gestão Política de Desenvolvimento Urbano, Habitar-BID, Programa de Assistência Técnica (PAT), Serviço Urbano de Esgoto;

c) Ministério da Ciência e Tecnologia - Gestor do Programa Inclusão Digital;

d) Ministério do Desenvolvimento Agrário - Gestor do Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF) e

Programa Nacional Desenvolvimento Sustentável Rural (PRONAT), Assistência Financeira Mediante Emenda (AFEM);

e) Ministério da Justiça - Gestor do Programa Construção de Estabelecimentos Penais;

f) Ministério do Desenvolvimento Social e Combate a Fome - Gestor do Programa Restaurante Popular;

g) Ministério do Esporte - Gestor dos Programas: Esporte Solidário, Brasil Potência Esportiva e Esporte na Escola, Brasil Esporte de Alto Rendimento, Esporte Direito de Todos, Esporte e Lazer na Cidade, Esporte na Escola, Rumo ao PAN 2007, Segundo Tempo, Turismo Coração no Brasil, Turismo Novo Milênio, Turismo Sudeste, Turismo SUL;

h) Ministério da Integração - Gestor dos Programas: Desenvolvimento Integrado e Sustentável, Drenagem Urbana Sustentável, Desenvolvimento da Faixa de Fronteira, Proágua Infraestrutura, Promoção da Sustentabilidade de Espaços, Promoção e Inserção Econômica de Sub-Regiões, Resposta aos Desastres;

i) Ministério do Turismo - Gestor dos Programas: Municipalização do Turismo e Participação da União em Projetos de Infraestrutura Turística, no âmbito do PRODETUR NE II, na Região Nordeste.

Conclusão

Como demonstrado, o interesse público que motiva a exploração do Estado da atividade econômica enquanto banco comercial – com base no que consta no art. 173 da CF – pode ser encontrado na existência de falhas de mercado, na garantia de acesso de todos os brasileiros à rede bancária, no incentivo à concorrência, dentre outras justificativas sempre sujeitas a contrapontos e a objeções. Entretanto, a presença do interesse público na intervenção do Estado como instrumento de desenvolvimento urbano e de viabilização de políticas sociais configura um anseio público quase inquestionável diante da realidade socioeconômica brasileira.

Assim, o interesse coletivo que legitima a atuação da empresa se verifica no cumprimento de relevante função social, sob o ponto de vista econômico, ao promover fomento do crédito, financiamento da infraestrutura, consumo e investimentos e gestão de fundos de financiamento de obras de infraestrutura, de desenvolvimento urbano, de habitação, de mobilidade, de saneamento, de educação e de projetos sociais, além de sua transformação em um dos principais braços operacionais do Governo Federal na efetivação das políticas públicas.

Em razão disso, a atuação da empresa na atividade econômica se fundamenta na realização de um duplo interesse coletivo, com função social econômica e outra eminentemente social. A função social econômica se manifesta fundamentalmente na busca de objetivos constitucionais, como o desenvolvimento nacional, a redução das desigualdades, a erradicação da pobreza e da marginalização social. Na condição de agente de políticas públicas, essa função social se amplia, materializando uma série de direitos sociais constitucionais (o direito à moradia, ao transporte, à alimentação, ao trabalho, à educação e à assistência aos desamparados). Mas o interesse coletivo da atuação do Estado na seara econômica através da CAIXA igualmente se materializa, inclusive com maior clareza, nas atividades não tipicamente financeiras desempenhadas pela empresa – em especial, na atuação como agente de políticas públicas. Ademais, é nessa condição que são prestados os serviços de gestão de benefícios sociais, de programas governamentais e a gestão dos contratos de repasse do OGU.

Isso posto, essa inovadora forma de prestação de serviços públicos tem propiciado conjugar os ganhos de eficiência, de controle e de produtividade almejados pelas medidas de reforma do Estado com o domínio e a titularidade sobre a estrutura operacional dos serviços públicos preconizados pela ordem constitucional. Motivado inicialmente pela carência de pessoal e pela inadequação estrutural da Administração Direta para gestão dos contratos de repasse, o modelo de prestação de serviços públicos tem demonstrado ser capaz de atingir muitos dos objetivos preconizados pela reforma gerencial na medida em que valoriza o planejamento, a flexibilização, a descentralização da gestão, o controle de resultado e o incentivo à eficiência. Ainda no que toca à economicidade e à eficiência, a execução dos contratos de repasse pela CEF tem possibilitado a contabilização detalhada dos custos dos serviços prestados, facilitando ao Governo Federal dimensionar e adequar suas políticas públicas em relação ao seu custo de execução.

Pode-se concluir ainda que a atuação da CAIXA como mandatária da União na efetivação da transferência voluntária dos recursos do OGU representa também grande evolução em relação aos procedimentos burocráticos tradicionalmente utilizados pela Administração Pública direta, especialmente por qualificar a relação federativa e assegurar transparência, controle público e social sobre a gestão e a aplicação dos recursos. Nesse aspecto, há um claro rompimento com o modelo tradicional de Administração Pública, com a estruturação de todo um procedimento sob a responsabilidade de um quadro técnico profissio-

nal contratado por concurso público – pouco suscetível a pressões políticas – estando, em todas as suas etapas, minuciosamente regrado por normativos internos da empresa. E são essas características que permitem à instituição atuar como importante espaço de interlocução e de articulação de esforços entre os entes federativos (União, estado e municípios), governados por partidos políticos distintos, na busca da execução de programas e de políticas públicas de interesse comum, dirimindo conflitos e somando esforços entre todos os atores responsáveis e interessados na implementação de programas públicos, cujo bom exemplo pode ser constatado pela atuação no PAC.

Em síntese, o modelo adotado dificulta a prática de possíveis desvios patrimonialistas e incorpora importantes valores da visão gerencial sem abdicar do controle público sobre a operacionalização das políticas públicas através da transferência de serviços tipicamente públicos a entidades privadas com fins lucrativos. Um modelo que se baliza pela consecução dos objetivos constitucionais – quais sejam, construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir as desigualdades e promover o bem de todos, sem preconceitos – de forma a assegurar a centralidade dos direitos individuais e sociais afasta a atuação da administração pública dos desvios baseados unicamente no interesse econômico privado.

São valores alinhados a uma abordagem da Administração Pública que preconiza o diálogo com os valores constitucionais e democráticos, via as estratégias de racionalização, de negociação e de intermediação de interesses entre os cidadãos. Portanto, um serviço público focado no cidadão (e não no cliente), pautado pelo desejo de contribuir para a sociedade (e não para o mercado), que abarca como principais diretrizes:

- a) a descentralização administrativa;
- b) o compartilhamento de responsabilidade entre as esferas de Governo na execução de políticas públicas;
- c) a elaboração de processos ágeis, flexíveis e permeáveis a mecanismos de gestão de resultados e de controle social;
- d) a condução por funcionários públicos guiados por lei, por valores, por normas profissionais, por interesses dos cidadãos e por estruturas de colaboração com a liderança compartilhada.

Em suma, trata-se de características condizentes com um modelo de gestão que aprimora o Estado Democrático, reforça o federalismo, assegura o controle público e social, garante a descentralização e permite a eficiente concretização das políticas públicas.

Referências

- BRASIL. **Caixa**: 150 anos de uma história brasileira. Brasília, DF: Buenas Idéias, 2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade - ADIN nº 1.923/DF**. Requerentes: Partido dos Trabalhadores – PT e Partido Democrático Trabalhista – PDT. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Interessados: Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, Academia Brasileira de Ciências e Sindicato dos Trabalhadores e Servidores em Serviços de Saúde públicos, conveniados, contratados e/ou consorciados ao SUS e previdência do Estado do Paraná – SINDSAÚDE/PR. Relator Min. Ayres Britto. Julgado: 15 maio 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_cidadania/Terceiro_Setor/Jurisprudencia_ACP/Voto__ADI1923LF.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2015.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão TCU 788/2006**. Brasília, DF, 24 de maio de 2006a.
- BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Processo: 007.452/2003-5**. Relator: Augusto Nardes. Brasília, DF, 2006b. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight Conteudo? key=41434f5244414f2d4c454741444f2d3537353235&texto=null&termoFq=null&bases=ACORDAO-LEGA-DO; DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&sort=RELEVANCIA&ordem=DESC&highlight=&posicao Docu-mento=0>>. Acesso em: 16 nov. 2015.
- CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. **Plataforma de Governo CEF**. Brasília, DF, 2015.
- CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. **Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (SINAPI)**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.caixa.gov.br/poder-publico/apoio-poder-publico/sinapi/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 01 dez. 2015.
- CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. **Sobre a Caixa**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.caixa.gov.br/sobre-a-caixa/apresentacao/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 01 dez. 2015.
- DALLARI BUCCI, Maria Paula (org). **Políticas Públicas**: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.
- OLIVEIRA, João Gualberto de. **Caixas econômicas**: economia e história. 2. ed. São Paulo, 1954.
- SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares: serviço público “à brasileira”? **RDA**, Rio de Janeiro, v. 230, p. 45-24, 2002.
- SILVA, Getúlio Borges da. **Caixas econômicas**: a questão da função social. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- TORRESINI, Elizabeth Rochadel. **A advocacia na Caixa Econômica Federal**: trajetória de 150 anos. Brasília, DF: Medianiz, 2011.

A incentivização no Direito do Trabalho: participação nos lucros e resultados e utilidades de caráter não salarial

Larissa Toledo Costa

*Bancária da CAIXA em Minas Gerais
Mestre em Hermenêutica e Direitos Fundamentais pela
Universidade Presidente Antônio Carlos (UNIPAC)
Pós-graduada em Direito Econômico e Empresarial pela
Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF)*

RESUMO

Este texto destaca a existência, no direito do trabalho, das utilidades de caráter não salarial e outros incentivos colocados à disposição dos empregados na vigência do contrato de trabalho, exemplificando e caracterizando os modelos mais comuns existentes. Analisa-se mais detidamente acerca da participação nos lucros e resultados da empresa – a importância da evolução legislativa e jurisprudencial a respeito do tema. Por fim, aborda os incentivos do contrato de trabalho sob a ótica dos limites morais do mercado, propondo uma análise crítica na concessão de tais benesses e confrontando-as com a forte tendência de transformar em dinheiro todas as aspirações dos seres humanos.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Incentivos. Utilidades de caráter não salarial. Participação nos Lucros e Resultados.

ABSTRACT

This text highlights the existence, in the labor law, of non-wage nature utilities and other incentives available to the employees during the term of the employment contract, exemplifying and featuring the most common models that exist. It analyzes more carefully the participation in profits and in the enterprise's results -the importance of legislative and jurisprudential developments about the subject. Finally, it discusses the incentives of employment from the perspective of the market moral limits, proposing a critical analysis on giving those benefits and confronting them with the strong tendency to turn all the human beings aspirations into money.

Keywords: Labor Law. Incentives. Non-Wage Nature Utilities. Participation in Profits and in the Enterprise's Results.

Introdução

Com o intuito de contextualizar o objeto deste estudo no direito material do trabalho, faz-se necessário abordar uma questão que usualmente gera uma celeuma jurídica: a diferenciação entre remuneração e salário.

Incontestável o caráter retributivo ínsito às palavras “salário” e “remuneração”. Segundo Delgado (2004), “a onerosidade consiste em um dos elementos fático-jurídicos componentes da relação empregatícia”. Nesse sentido, essa característica aparece quando o empregado recebe do empregador, pelo serviço prestado, parcelas retributivas oriundas da relação de emprego.

A despeito dessa ideia, cumpre ressaltar que existem outros sentidos atribuídos a tais expressões, sobretudo em relação ao verbete “remuneração”.

Ao salário, correspondem as prestações que são pagas, **diretamente pelo empregador**, em virtude do contrato de trabalho firmado. Não constitui, portanto, apenas uma única parcela, mas todas as prestações que são recebidas em caráter contraprestativo à relação contratual (e não apenas ao serviço prestado).

Já o conceito de remuneração envolve grandes discussões. Citem-se quatro posicionamentos mais importantes relativos à distinção entre remuneração e salário.

Numa primeira acepção, remuneração e salário são concebidos como expressões sinônimas. Na prática justrabalhista vê-se reiteradamente o emprego de “remuneração” no sentido de salário recebido pelo empregado.

Em um entendimento diverso do anterior, a remuneração seria o total de ganhos do empregado. Poder-se-ia dizer então que, segundo essa corrente a remuneração constitui-se no gênero das parcelas contraprestativas pagas ao trabalhador, sendo o salário a mais importante entre elas – uma espécie.

Atrelando-se ao art. 457 da CLT, tem-se um terceiro posicionamento, a partir do qual a remuneração é fixada como o somatório do salário e das gorjetas. Nesse sentido, preleciona o citado dispositivo legal: “Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber”.

Uma última corrente, mais pormenorizada – e, por isso, mais adequada à correta diferenciação dos dois institutos –, caracteriza o salário como toda e qualquer parcela paga diretamente pelo empregador em virtude do contrato de trabalho, enquan-

to a remuneração seria toda prestação recebida de terceiro, também relacionada ao contrato de trabalho.

Nesse caso, por exemplo, enquadra-se como remuneração a porcentagem paga por uma loja de móveis ao arquiteto (que seja empregado de um escritório de arquitetura) que leva seus clientes para escolher o mobiliário da casa nova.

Sobre esse assunto, transcreve-se precedente do TST:

RECURSO DE REVISTA. GUELTAS. NATUREZA SALARIAL. SÚMULA Nº 354 DO TST. Consoante a jurisprudência desta Corte, as chamadas gueltas equiparam-se às gorjetas, porque são pagas por terceiros e com habitualidade, integrando a remuneração do empregado. Recurso de revista a que se nega provimento. (RR - 13719/2006-010-09-00 PUBLICAÇÃO: DEJT - 13/11/2009 - Rel. Min. Katia Arruda - 5ª Turma).

Ainda sob essa perspectiva, pode-se dizer que existem quatro tipos de parcelas que compõem os ganhos do trabalhador. São elas: as remuneratórias, as salariais, as indenizatórias e as que são fruto de incentivização.

Remuneratórias são as parcelas, repisa-se, que são recebidas em virtude do contrato de trabalho, porém pagas por terceiro estranho à relação empregatícia. As salariais, pelo contrário, caracterizam-se por serem providas diretamente pelo empregador, tendo também origem contratual.

Importante atentar para um exemplo esclarecedor. Além do caso já citado – do arquiteto-empregado –, podemos observar a situação especial de um apresentador de televisão como o “Faustão”. Este possui uma relação empregatícia com a Rede Globo de Televisão, a partir da qual percebe seu salário (parcela salarial). Ademais, recebe de terceiros – patrocinadores – prestações a título de direito de imagem, quando realiza uma propaganda durante o Domingo do Faustão (parcela remuneratória).

Ressalta-se a existência de outras parcelas salariais bastante conhecidas, como o abono (art. 457, § 1º), os adicionais, a gratificação, as comissões etc. O abono pode ser considerado como a antecipação pecuniária efetuada pelo empregador ao empregado (DELGADO, 2004, p. 733), cuja fruição se daria, normalmente, no(s) mês (meses) depois.

Já os adicionais enquadram-se como “parcelas contraprestativas suplementares devidas ao empregado em virtude do exercício do trabalho em circunstâncias tipificadas como mais gravosas” (DELGADO, 2004, p. 735). Os adicionais de insalubridade e periculosidade são bastante conhecidos dessa categoria de parcela salarial.

As gratificações apresentam-se como prestações pagas em decorrência de um evento ou circunstância tida como relevante pelo empregador ou por norma jurídica (DELGADO, 2004, p. 738). A espécie mais comum dessa natureza é o 13º salário ou gratificação natalina.

Por fim, mas não encerrando o rol das parcelas de natureza salarial, têm-se as comissões, geralmente pagas em contrapartida a “uma produção alcançada pelo obreiro no contexto do contrato, calculando-se, variavelmente, em relação a esta produção” (DELGADO, 2004, p. 742).

No que concerne às parcelas indenizatórias, ressaltam-se as principais delas: as ajudas de custo e as diárias. Estas são devidas ao empregado para fazer frente a eventuais despesas a serem realizadas durante a realização de um serviço fora da cidade de sua lotação, por exemplo.

Por fim, têm-se as parcelas advindas de programas de incentivização disponibilizados pelo empregador, cujas características serão analisadas oportunamente.

1 As utilidades de caráter não salarial na CLT

1.1 Considerações iniciais

Assiste-se, há algum tempo, ao acirramento na disputa/competição no setor empresarial, em todo o mundo. No Brasil, particularmente, os empreendedores são levados a buscar estratégias para que o empregado se sinta mais envolvido no processo produtivo e nos resultados satisfatórios obtidos pela empresa em que trabalha.

Discute-se sobremaneira, no Direito do Trabalho, que o empregado, antes de ser trabalhador de determinada empresa, é um ser humano, um cidadão, merecendo ser tratado com respeito e dignidade. Esse argumento é utilizado quando se trata de coibir o assédio moral e o tratamento exploratório adotado por alguns empregadores.

Nesse sentido, crescem as iniciativas para incutir nos trabalhadores o sentimento de pertença à instituição empregadora. Surgem, então, as mais variadas formas, tanto de recompensa pelos resultados alcançados quanto de possibilidades de desenvolvimento pessoal dos empregados.

No dizer de Quaresma Junior (2005, p. 21):

Nos dias atuais, percebe-se que a obtenção da mais valia, com:

a) o passar do tempo sofreu inúmeras formatações, mas sempre existiu pela empresa a intenção de levar

o ser humano a realizar as tarefas que a mesma necessita para atingi-la. Existe, para isso, todo um processo, para se criar um motivo para a ação. A motivação do indivíduo é objetivada pela empresa para que o mesmo atinja os resultados requeridos pela mesma, sendo os resultados mais complexos como levar b) o funcionário a incorporar a cultura da empresa e sua imagem como seu ideal ou mais simples, como o fato de assinar um documento.

É fato que, quando o empregado se sente valorizado e motivado, sua capacidade produtiva aumenta e o empregador vê seus resultados avançarem ainda mais.

Conforme os ensinamentos de Chiavenato (1981 apud QUARESMA JUNIOR, 2005), o incentivo é alguma prestação tangível ou intangível, em troca da qual as pessoas se tornam membros da organização (decisão de participar) e, uma vez na organização, continuam com tempo, esforço ou outros recursos válidos (decisão de produzir).

Assim, abordar-se-ão, neste breve estudo, algumas espécies de utilidades de caráter não salarial disponibilizadas pelos empregadores, cujo conjunto atualmente denomina-se “incentivização”, suas vantagens e desvantagens, a legislação correspondente e decisões judiciais aplicadas ao caso.

1.2 Disposições normativas

Um dispositivo da Consolidação das Leis do Trabalho bastante relevante no que tange ao salário “in natura” é o art. 458, que prevê:

Art. 458 – Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações in natura que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. Em caso algum será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas.

§ 1º – Os valores atribuídos às prestações in natura deverão ser justos e razoáveis, não podendo exceder, em cada caso, os dos percentuais das parcelas componentes do salário mínimo.

§ 2º – Para os efeitos previstos neste artigo, não serão consideradas como salário as seguintes utilidades concedidas pelo empregador:

I – vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos aos empregados e utilizados no local de trabalho, para a prestação do serviço;

II – educação, em estabelecimento de ensino próprio ou de terceiros, compreendendo os valores relativos

a matrícula, mensalidade, anuidade, livros e material didático;

III – transporte destinado ao deslocamento para o trabalho e retorno, em percurso servido ou não por transporte público;

IV – assistência médica, hospitalar e odontológica, prestada diretamente ou mediante seguro-saúde;

V – seguros de vida e de acidentes pessoais;

VI – previdência privada;

VII – (VETADO).

§ 3º – A habitação e a alimentação fornecidas como salário-utilidade deverão atender aos fins a que se destinam e não poderão exceder, respectivamente, a 25% (vinte e cinco por cento) e 20% (vinte por cento) do salário-contratual.

§ 4º – Tratando-se de habitação coletiva, o valor do salário-utilidade a ela correspondente será obtido mediante a divisão do justo valor da habitação pelo número de co-habitantes, vedada, em qualquer hipótese, a utilização da mesma unidade residencial por mais de uma família.

O referido dispositivo legal traça, no *caput*, o que, além do dinheiro em espécie, também é considerado salário, como a alimentação, o vestuário e as prestações “in natura” habitualmente fornecidas pelo empregador.

Nos incisos I a VI o legislador elenca quais são as modalidades de benefícios que não integram o salário, caracterizando-se como utilidades de caráter não salarial.

Colaciona-se um julgado interessante para a distinção entre as duas espécies:

TRT-PR-14-04-2009 SALÁRIO UTILIDADE - AJUDA DE CUSTO/ALUGUEL - é necessário atentar-se para a finalidade da concessão das utilidades, considerando não salariais as destinadas à prestação de serviços e salariais as que não têm esse fim. Em outras palavras, as utilidades fornecidas para que o empregado exerça a profissão não se caracterizam como salários. Entretanto, se a utilidade fornecida não é indispensável ao desempenho da atividade laboral, a mesma terá natureza salarial. Ora, se a própria Recorrente admite que o local da residência do Autor não era relevante para o desempenho das suas funções, a ajuda de custo aluguel possui inquestionável caráter salarial, integrando-se à remuneração para todos os fins legais, eis que a utilidade fornecida não era essencial para o trabalho (Tribunal Regional do Trabalho 9ª região - 6032005670902 PR 1603-2005-670-9-0-2. Relator: LUIZ CELSO NAPP. 4ª TURMA. Data de Publicação: 14/04/2009).

No caso da alimentação prestada habitualmente – natureza salarial – devem-se tecer algumas considerações importantes.

A lei excluiu de sua incidência os casos de empresas que desenvolvem o programa de alimentação aprovado pelo MTE, previsto na Lei nº 6.321/76, art. 30: “Não se inclui como salário de contribuição a parcela paga in natura pela empresa, nos programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho”.

Tratando-se de programa não aprovado pelo Ministério do Trabalho e Emprego ou se não existir qualquer programa, aplica-se a jurisprudência do TST, Enunciado nº 241, segundo o qual, “o vale para refeição, fornecido por força do contrato de trabalho, tem caráter salarial, integrando a remuneração do empregado, para todos os efeitos legais”.

Quanto ao transporte do empregado, sob a forma de bilhetes adquiridos para esse fim, sendo concedido pelo empregador nas condições e limites definidos na Lei nº 7.418/87, regulamentada pelo Decreto nº 95.247, de 17/11/87 –, o empregador paga o que exceder 6% do salário; o empregado é responsável até o limite de 6% – não tem natureza salarial nem se incorpora à remuneração para quaisquer efeitos.

Enfim, no que se refere ao automóvel disponibilizado ao empregado para uso exclusivo em serviço ou quando indispensável para a função, não constitui salário-utilidade, sendo, pois, um instrumento de trabalho.

Enquadrando-se nas já referidas exceções do artigo 63 da CLT – constituindo-se, pois, em utilidades de caráter não salarial – tem-se que muitas empresas oferecem aos seus empregados incentivos a cursos de idiomas, graduação em curso superior, pós-graduação *lato sensu* e *stricto sensu*.

Nesse sentido, necessário asseverar que o empregador pode condicionar a concessão do incentivo estabelecendo cláusulas restritivas de direito, a fim de assegurar que o investimento na qualificação do obreiro seja revertido em benefício da organização empresarial. Exemplificando, pode-se verificar uma condição para que o empregado, após a conclusão dos estudos no exterior, mantenha o vínculo empregatício por, no mínimo, cinco anos consecutivos. Caso contrário, será exigido reembolso dos gastos efetuados com o incentivo.

Outras políticas de incentivização merecem destaque: são cada vez mais comuns os ambientes virtuais de aprendizagem e crescimento para os trabalhadores, voltados para as áreas do conhecimento envolvidas no processo produtivo das corporações.

Incluem-se, também, no rol dos incentivos, os planos de saúde tanto com o custeio integral (não sendo pelo convênio com a

empresa, custaria mais caro) como com prestação coparticipativa pelo empregado. Da mesma forma, os planos odontológicos e até mesmo os seguros de vida.

Por fim, a Participação nos Lucros e Resultados constitui um dos incentivos de maior relevância atualmente. Por essa razão, far-se-á uma análise mais completa a seu respeito.

2 Participação dos empregados nos lucros das empresas

2.1 Evolução legislativa

A Consolidação das Leis do Trabalho, publicada pelo Decreto-Lei 5.452, no ano de 1943, pela primeira vez no ordenamento jurídico, trouxe dispositivos abordando a Participação nos Lucros e Resultados da empresa, quais sejam:

Art. 63 - Não haverá distinção entre empregados e interessados, e a participação em lucros e comissões, salvo em lucros de caráter social, não exclui o participante do regime deste capítulo.

Art. 621 - As Convenções e os Acordos poderão incluir entre suas cláusulas disposições sobre a constituição e funcionamento de comissões mistas de consulta e colaboração, no plano da empresa e sobre participação nos lucros. Estas disposições mencionarão a forma de constituição, o modo de funcionamento e as atribuições das comissões, assim como o plano de participação, quando for o caso.

Posteriormente, a Constituição Federal de 1946, na mesma linha da CLT, em seu art. 157, inciso IV disciplinou a “participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa, nos termos e pela forma que a lei determinar” (MASSONI, 2012). Nota-se o caráter obrigatório da participação do empregado nos lucros das empresas, fato que será modificado nos anos seguintes.

Mais adiante, a Constituição de 1967 assegurava aos trabalhadores, no art. 158, inciso V “a integração do trabalhador na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros e, excepcionalmente, na gestão, nos casos e condições que forem estabelecidos”. Neste momento, o legislador retira o caráter obrigatório da PLR para o empregado e possibilita que ele participe da gestão da empresa.

Em 1969, a Emenda Constitucional de nº 01 alterou de forma tênue a disciplina da PLR, traçando no art. 165, inciso V que aos trabalhadores seria garantida a “integração na vida e no desenvolvimento da empresa, com participação nos lucros e, excepcionalmente, na gestão, segundo for estabelecido em lei”.

Atualmente, esse incentivo tem amparo constitucional por meio do dispositivo que reza:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei.

Aqui, houve desoneração do empreendedor, haja vista a desvinculação da PLR da remuneração do trabalhador.

A Carta Magna estipula, ainda, vantagens para as empresas que realizarem a distribuição de seus lucros entre os empregados. Assim, dispõe o art. 218:

§ 4º - A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.

Já no ano 2000, editou-se a Lei 10.101, que regulamenta o dispositivo constitucional acerca da PLR (art. 7º XI CF), tratando de sua desvinculação da remuneração e outros itens. O principal objetivo desse diploma normativo vem inserido em seu art. 1º: “a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa como instrumento de integração entre o capital e o trabalho e como incentivo à produtividade”.

Porém, normatizar esse instituto não é atividade simples: o legislador deve equilibrar a necessidade de incentivar o trabalhador com a de evitar que isso comprometa a vida financeira da empresa.

2.2 Breves comentários sobre o instituto da PLR e decisões judiciais sobre o assunto

Segundo a Lei nº 10.101/2000, o plano de PLR deve ser realizado mediante ajuste entre os empregados e a empresa, por meio de comissão paritária escolhida pelas partes, que deve ser integrada por um representante do sindicato da categoria ou, ainda, por convenção/acordo coletivo.

Assim dispõe seu art. 2º:

A participação nos lucros ou resultados será objeto de negociação entre a empresa e seus empregados,

mediante um dos procedimentos a seguir descritos, escolhidos pelas partes de comum acordo:

- I - comissão paritária escolhida pelas partes, integrada, também, por um representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria;
- II - convenção ou acordo coletivo.

Importante notar que há precedente, no TST, de reconhecimento do direito à PLR pelo simples fato de a empresa descumprir o comando normativo que encerra a necessidade de comissão paritária ou convenção/acordo coletivo como requisitos formais para a negociação do referido incentivo pecuniário correlato ao contrato de trabalho.

Como exemplo, segue excerto de acórdão da 1ª turma do TST:

Insurge-se a Reclamante, ora Recorrente, contra a decisão primária, buscando sua reforma quanto à participação nos lucros das Reclamadas, conforme convencionado em CCT 2008/2009, Cláusula 7ª, e CCT 2009/2010, Cláusula 8ª e CCT 2010/2011, Cláusula 8ª, bem como a multa pelo não cumprimento da CCT. A Cláusula 7ª da CCT 2008/2009 estabelece que as empresas por ela abrangidas, nos termos da Lei 10.101/2000, concederão semestralmente a todos os seus empregados uma remuneração a título de participação nos lucros e resultados da empresa. Não tendo a empresa cumprido a disposição que a obrigava a constituir Comissão Paritária no prazo estabelecido, deve suportar o ônus de sua omissão, do contrário nenhum efeito produziria a cláusula que expressamente concede participação nos lucros e resultados. Tal entendimento deve ser mantido mesmo em caso de apresentação do balanço patrimonial da Reclamada, vez que a função da referida comissão paritária, composta de empregados e empregador, seria a de averiguar a existência ou não de lucro. Assim, entendo que faz jus a Reclamante à participação nos lucros e resultados da empresa, ora Recorrida, conforme previsto nas Convenções Coletivas inerentes ao período laborado pela mesma na empresa. Em relação à multa por não pagamento da verba de PLR prevista nas Convenções Coletivas, bem como a multa do art. 467 da CLT, entendo não fazer jus a Reclamante a estas, eis que a discussão da lide gira em torno da constituição de comissão paritária.

Prosseguindo, no mesmo artigo 2º da Lei 10.101/2000, vem o teor do § 1º:

§ 1º Dos instrumentos decorrentes da negociação deverão constar regras claras e objetivas quanto à fixa-

ção dos direitos substantivos da participação e das regras adjetivas, inclusive mecanismos de aferição das informações pertinentes ao cumprimento do acordo, periodicidade da distribuição, período de vigência e prazos para revisão do acordo, podendo ser considerados, entre outros, os seguintes critérios e condições: I - índices de produtividade, qualidade ou lucratividade da empresa; II - programas de metas, resultados e prazos, pactuados previamente.

Analisando o supracitado conteúdo normativo, verifica-se a determinação de que o plano da PLR tenha critérios claros e objetivos, identificando inclusive os índices que serão utilizados para a distribuição do benefício entre os colaboradores.

Tais indicadores podem ser aferidos individual ou coletivamente, por setores ou unidades (filiais) da empresa, por meio de metas específicas ou gerais, respectivamente.

Para Martins (2000, p. 95-96):

A participação nos lucros poderá ser feita mediante participação geral dos trabalhadores nos lucros, relativa a toda a empresa, ou parcial, em que se verificam os lucros por setores ou seções. [...] Nada impediria a fixação de critérios mistos no sentido de que seriam feitas distinções entre os cargos dos empregados, como de gerentes e chefes e os demais funcionários, desde que houvesse uma forma de assim proceder, [...] podendo existir percentuais diferenciados em função do salário de cada empregado, de acordo com a folha de pagamento.

Finalmente, uma vez traçado o plano de PLR, a empresa deve provar o não atingimento da(s) meta(s) a fim de justificar a não distribuição de seus lucros.

Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. RITO SUMARÍSSIMO. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS. NORMA COLETIVA. DESCUMPRIMENTO PELO EMPREGADOR. Na esteira dos precedentes desta Corte, não afronta o art. 7º, XI e XXVI, da Constituição Federal a decisão regional que determina o pagamento da parcela participação nos lucros e resultados, em que pese não a estarem [sic] implementadas todas as condições previstas no acordo coletivo. Destaque-se, ainda, que da cláusula normativa descrita no acórdão regional extraem-se critérios objetivos para o pagamento da participação nos lucros e resultados, o que permite a condenação imposta. Analogia da OJT 71 da SBDI-1. Agravo de instrumento a que se nega provimento (Tribunal Superior do Trabalho - AIRR: 16201920105110017

1620-19.2010.5.11.0017. Relator: Alexandre de Souza Agra Belmonte. Data de Julgamento: 24/04/2013. 3ª Turma. Data de Publicação: DEJT 26/04/2013).

Nesse caso, o egrégio TRT da 11ª Região negou provimento ao Recurso Ordinário da empresa (Transportes Urbanos Manaus Sociedade de Propósito Específico Ltda. -Transmanaus) com estes fundamentos:

a) ter sido acordado entre o sindicato patronal e o da categoria do reclamante o programa de participação nos lucros e resultados (§ 3º, cláusula 7ª), benefício a ser repassado semestralmente aos empregados em contracheque separado, o qual deixou de ser obedecido pela recorrida quanto ao ano de 2008; b) por não ter sido juntado pela recorrida nenhum documento oficial que de fato comprovasse o prejuízo no montante declarado quanto à filial representada pela recorrida em Manaus; c) quanto à alegação da ausência de regulamentação do direito da PLR/2008, porque estabelecido o prazo de 30 (trinta) dias da vigência da própria CCT, para formação de comissão paritária, previsão que até a data do ajuizamento da ação não foi cumprida pela recorrida e pelo sindicato da categoria da reclamante, não podendo a empregadora ser beneficiada por sua própria torpeza (fl. 166).

Assim, o TST manteve a condenação para que a empresa honrasse o pagamento da PLR, mesmo sem preencher os requisitos estipulados em acordo coletivo.

3 Análise dos incentivos sob a ótica moral

Em sua recente obra *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*, Michael Sandel propõe uma reflexão, a partir de questões práticas e certa dose de teoria plicada, sobre os obstáculos morais que a economia deve respeitar.

O filósofo americano aponta uma grande preocupação com a proporção assumida pelos valores de mercado nas últimas três décadas, afirmando que se está vivendo numa época em que quase tudo pode ser comprado e vendido. Ademais, para ele, essa situação não se apresenta como resultado de uma escolha deliberada, mas “quase como se a coisa tivesse se abatido sobre nós” (SANDEL, 2012, p. 11).

Propõe o autor, em sua obra literária, que se faça uma análise, um debate público, acerca do avanço do mercado – e do pensamento nele centrado – em aspectos da vida antes influenciados por outras ideias.

Sandel (2012, p. 15) alerta para o seguinte:

Os economistas costumam partir do princípio de que os mercados são inertes, de que não afetam os bens nele trocados. Mas não é verdade. Os mercados deixam sua marca. Às vezes, os valores de mercado são responsáveis pelo descarte de princípios que, não vinculados aos mercados, devem ser respeitados.

Ademais, destaca a modificação do conceito de economia ao longo das últimas décadas. “O objetivo da ciência econômica era concreto e bem delimitado: explicar de que maneira as depressões, o desemprego e a inflação podem ser evitados” (SANDEL, 2012, p. 85).

Atualmente, o conceito de economia se afastou do conteúdo tradicional, sendo que “os incentivos são a pedra angular da vida moderna” e “a economia é, basicamente, o estudo dos incentivos” (LEVITT; DUBNER, 2006 apud SANDEL, 2012).

Recompensas monetárias são, a todo tempo, invocadas para resolver os mais diversos problemas sociais: programas para perder peso, para deixar de fumar, para controlar natalidade etc. em troca de uma soma de dinheiro.

Critica-se essa tendência a monetarizar todas as particularidades da vida do ser humano, esbarrando por vezes em questões morais que não são observadas.

No caso da incentivização¹ no direito do trabalho, sobretudo no que se refere às gratificações por desempenho ou mesmo à PLR, pode-se observar que também se reproduz essa lógica: se o empregado se esforçar mais no trabalho, será beneficiado financeiramente.

Isso se o programa de PLR for elaborado com metas claras de desempenho para seu atingimento, pois se for apenas mediante negociação coletiva, com base no lucro da empresa, o resultado desse incentivo pode assumir um caráter meramente econômico, sem nem motivar internamente os empregados. Esse tipo de programa acontece muito nas negociações entre os bancos e seus empregados, como naquelas ocorridas em 2015, quando foi distribuído, conforme regras estabelecidas na Convenção Coletiva de Trabalho, 15% do lucro líquido dos bancos.²

Porém, questiona-se o fato de que esta estratégia não tem preocupação com a subjetividade do empregado, mas apenas

¹ Conforme Sandel (2012, p. 87), “o crescente recurso aos incentivos na vida contemporânea e a necessidade de que sejam deliberadamente inventados por alguém refletem-se num verbo algo canhestro que se vem tornando corrente no mundo anglo-saxônico: incentivar”.

com o alcance das metas estipuladas para o crescimento da organização. Trata-se de verdadeira administração por objetivos, sendo que as reais necessidades dos empregados, por vezes, não são observadas.

Assim, a ideia exposta na introdução deste texto – fazer com que os colaboradores se identifiquem com a empresa e se sintam valorizados – toma forma apenas como moeda de troca: a empresa estabelece gratificações pecuniárias e o trabalhador se sente valorizado.

Mas a realidade não deve ser assim. Conforme o pensamento de SANDEL (2012),

(...) uma economia de mercado é uma ferramenta - valiosa e eficaz - de organização de uma atividade produtiva. Uma sociedade de mercado é um modo de vida em que os valores de mercado permeiam cada aspecto da atividade humana. É um lugar em que as relações sociais são reformatadas à imagem do mercado.

Nesse sentido, torna-se imperativo compreender de que forma os incentivos, no direito do trabalho, são válidos e quais os incentivos que melhor sintetizam os anseios subjetivos do trabalhador, aliando-as à necessidade de maximização da produção.

Não se quer dizer, com isso, que o programa da PLR não seja importante, pelo contrário. Ele se apresenta como um incentivo interessante, porém não pode ofuscar a importância de outras medidas que também devam ser consideradas, como as que privilegiam a qualidade de vida e a saúde do trabalhador.

Nesse sentido, tem-se o exemplo de empresas que vão além dos incentivos habituais pecuniários.

A ginástica laboral no ambiente de trabalho representa outra valiosa forma de incentivar as equipes de trabalho. O Laboratório Teuto/Pfizer, por exemplo, proporciona a ginástica aos seus empregados, na Academia da Associação Teuto Anápolis (ATA), na sede do laboratório, em Anápolis (GO) – equipada com uma estrutura voltada ao bem-estar da equipe – instalada junto à reserva Follium, área de preservação ambiental da companhia, com 700 mil m². Com quatro mil colaboradores diretos, a referida empresa investe na força de trabalho de sua equipe, melhorando a qualidade de vida dos empregados. Isso traz resultados nos indicadores de melhoria nos relacionamentos e na diminuição

² A Convenção Coletiva de Trabalho 2015/2016 pode ser acessada no link <http://www.spbancarios.com.br/Uploads/PDFS/1006_CCT_plr_2015_2016.pdf>.

ção de desconfortos próprios da vida sedentária.³

Outra empresa que aparece como destaque no oferecimento das melhores práticas voltadas aos benefícios corporativos é a Johnson & Johnson. Segundo Danusa Almeida, gerente de Benefícios e Licenças, “os benefícios oferecidos pela empresa estão relacionados à gestão da saúde, qualidade de vida, gestão financeira e desenvolvimento pessoal e profissional”. Em 2015, a empresa foi indicada, pela quarta vez consecutiva, ao prêmio Top of Mind RH.⁴

Finalmente, outras iniciativas que geram resultado bastante satisfatório são as que se destinam à melhoria do clima organizacional. Segundo Chiavenato (2002, p. 531), a “cultura organizacional significa um modo de vida, um sistema de crenças, expectativas e valores, uma forma de interação e relacionamento típicos de determinada organização”, que exerce influência sobre o clima presente na organização. Como exemplo, cita-se a empresa Tigre, fabricante de tubos e conexões, que adota um layout diferenciado no ambiente de trabalho: não há sala individualizada nem mesmo para o presidente, o que facilita a interação entre todos os membros da equipe (QUEIROZ et al., 2005, p. 1874).

Enfim, adotar estratégias que privilegiam o clima organizacional, além de outras variantes do processo produtivo, guarda forte poder de motivação nos empregados, apesar de não trazer, em seu bojo, retribuição direta em pecúnia.

Conclusão

Diante de todas as informações abordadas, torna-se importante refletir sobre as várias espécies de utilidades de caráter não salarial – os chamados incentivos – sob o enfoque da limitação moral a que devem estar sujeitas.

No entanto, o que se percebe é uma reconfiguração das relações sociais com base nas relações de mercado. “Uma medida dessa transformação é o crescente uso de incentivos monetários para resolver problemas sociais” (SANDEL, 2012, p. 52).

O empregador deve estar sensível às aspirações de seus empregados, entendendo que nem tudo pode ser “monetizado”;

³ Informações obtidas em reportagem no próprio site da empresa. Disponível em: <<http://www.teuto.com.br/imprensa/releases-e-noticias/2015/10/30/ginastica-laboral-do-teuto-e-eleita-a-melhor-do-brasil-pelo-10-ano-consecutivo#.WAivY-ArLIU>>. Acesso em: 17 out. 2016.

⁴ Informações disponíveis em: <http://www.profissionalenegocios.com.br/materias/materia.asp?cod_materia=1365>. Acesso em: 17 out. 2016.

nem todas as atitudes e comportamentos desejados dos empregados – antes de tudo, seres humanos – podem ser alcançados oferecendo recompensas em dinheiro.

Transportando essa ideia para a seara do contrato de trabalho, torna-se nítida a influência desse pensamento nas práticas relacionadas à incentivização: propõem-se, sobremaneira, recompensas em dinheiro a fim de extrair mais produtividade do empregado.

Porém, como se demonstrou, mais efeito terá uma política que realmente considere os aspectos morais que são caros aos indivíduos em sua vida corporativa, tais como interação social, bem-estar, promoção da saúde e desenvolvimento pessoal e profissional.

Referências

CHIAVENATO, Idalberto. **Recursos Humanos**: edição compacta. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 3ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: LTr, 2004.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Participação dos empregados nos lucros das empresas**. São Paulo: , 2000.

MASSONI, Túlio de Oliveira. **As controvérsias da participação nos lucros e resultados**. 14 mar. 2012. Disponível em: <http://www1.trt18.jus.br/ascom_clip/pdf/105542.pdf>. Acesso em: 17 out. 2016.

QUARESMA JUNIOR, Edson Antunes. **Incentivos organizacionais e subjetividade na empresa distribuidora de bebidas Cervantes Ltda – um estudo de caso**. 2005. Disponível em: <[nistradores.com.br/producao-academica/incentivos-organizacionais-e-subjetividade-de-do-trabalhador/233/download/>. Acesso em: 25 jun. 2013.](http://admi-</p></div><div data-bbox=)

QUEIROZ et al. **Gestão de Pessoas e Clima Organizacional**: práticas adotadas pelas empresas brasileiras para a valorização dos colaboradores. In: XXV Encontro Nacional de Engenharia de Produção. Porto Alegre. 2005. Disponível em: <http://www.abepro.org.br/biblioteca/enegep2005_enegep0208_0541.pdf>. Acesso em: 17 out. 2016.

SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra**: Os limites morais do mercado. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

A exigência de certificação ISO em licitações

Alexandre Santos Sampaio

Assessor Jurídico do Banco do Brasil S.A.

Mestrando em Direito pela Uniceub

*Especialista em Direito Público pela Associação
Educacional Unyahna*

*Especialista em Direito Civil pela Universidade
Federal da Bahia*

*Bacharel em Direito pela Universidade
Católica do Salvador*

*Bacharel em Administração pela Universidade
do Estado da Bahia*

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo analisar, sob o viés do Direito Administrativo Global – DAG, a exigência de certificação emitida pela ISO – International Organization for Standardization – em licitações. Tal entidade, que determina os padrões de qualidade em âmbito internacional, ainda que formalmente atue com transparência, participação dos interessados e accountability, acaba por, sem se subordinar ao ordenamento jurídico interno, influenciar as contratações de produtos e serviços demandados pela Administração Pública.

Palavras-chave: Licitação. Direito Administrativo Global. Habilitação. ISO.

ABSTRACT

This work aims to analyze, under the bias of the Global Administrative Law – DAG, the certification requirement issued by ISO – International Organization for Standardization – in bids. Such an entity that determines the quality standards internationally, although formally act with transparency, stakeholder participation and accountability, ultimately, without subordinating the domestic legal system, influence the hiring of goods and services demanded by the Government.

Keywords: Bidding. Global Administrative Law. Qualification. ISO.

Introdução

Num mundo cada vez mais globalizado e dinâmico, é percebida a crescente influência de organismos internacionais não governamentais, como é o caso da ISO – International Organization for Standardization –, no estabelecimento de regras e padrões. No entanto, tais entidades nem sempre possuem, para a definição de suas regras e padrões, mecanismos relevantes de governança global, como a transparência, a participação dos interessados e a *accountability*.

Tal deficiência é ainda mais grave quando a Administração Pública, em suas licitações para compras e para prestação de serviços, exige dos interessados a obediência às normas definidas por organismos internacionais não governamentais.

Assim, o objetivo deste artigo, e, por conseguinte, a sua problemática, é analisar a exigência de certificação emitida pela ISO em licitações e perquirir quais as consequências de tal decisão da Administração nos certames licitatórios.

Para responder a tal indagação, será necessário expor: i) o que é a ISO; ii) como são criados os padrões ISO e emitida a respectiva certificação; iii) as regras de licitação e as exigências de habilitação; iv) a jurisprudência acerca das certificações ISO.

Ressalte-se que o presente trabalho não tem a pretensão de esgotar o assunto, mas sim trazer maior luz ao tema, apontando os principais pontos controvertidos, trazendo a problemática para a óptica do Direito Administrativo Global – DAG.

1 A ISO – International Organization for Standardization

A ISO é uma organização internacional não governamental que tem por objetivo criar padronizações para processos, produtos e serviços. Tais padrões são aceitos em diversos países e, muitas vezes, tornam-se uma exigência por conta da prática de mercado. Segundo o site da própria organização¹:

ISO is an independent, non-governmental international organization with a membership of 161 national standards bodies. Through its members, it brings together experts to share knowledge and develop voluntary, consensus-based, market relevant International Standards that support innovation and provide solutions to global challenges.

¹ Disponível em: <<http://www.iso.org/iso/home/about.htm>>. Acesso em: 09 jun. 2016.

A respeito dos membros que integram a ISO, por sua vez, é exposto, no sítio da organização², que:

We are a network of national standards bodies. Our members are the foremost standards organizations in their countries and there is only one member per country. Each member represents ISO in its country. Individuals or companies cannot become ISO members.

There are three member categories. Each enjoys a different level of access and influence over the ISO system. This helps us to be inclusive while also recognizing the different needs and capacity of each national standards body.

- Full members (or member bodies) influence ISO standards development and strategy by participating and voting in ISO technical and policy meetings. Full members sell and adopt ISO International Standards nationally.

- Correspondent members observe the development of ISO standards and strategy by attending ISO technical and policy meetings as observers. Correspondent members can sell and adopt ISO International Standards nationally.

- Subscriber members keep up to date on ISO's work but cannot participate in it. They do not sell or adopt ISO International Standards nationally.

Diante de tais informações, é possível extrair que a ISO é uma rede ampla, distribuída em diversos países, composta por organismos nacionais de normatização. Não participam empresas ou pessoas individualmente, o que confere uma certa imparcialidade à organização, por não cuidar, ao menos explicitamente, de interesses particulares.

Chazournes (2009) explica que, nos últimos 60 anos, não há dúvida de que o papel e a capacidade das organizações internacionais para a realização de operações têm evoluído muito. Seus objetivos têm se expandido na mesma proporção. As operações de campo têm igualmente aumentado. Tornou-se cada vez mais necessário que as organizações internacionais recorram a mecanismos legais inovadores, capazes de cumprir as novas tarefas que lhes foram atribuídas. Enquanto isso, no cenário mundial, aparece um grande número de intervenientes não es-

² Disponível em: <http://www.iso.org/iso/home/about/iso_members.htm>. Acesso em: 09 jun. 2016.

tatais com o desiderato de realizar tarefas que eram tradicionalmente de autoridades estatais e organizações intergovernamentais. Em face dos desafios colocados, dentro dessas relações jurídicas complexas, numerosos princípios administrativos surgiram como instrumentos para adaptar o sistema internacional clássico de estados e organizações intergovernamentais para as exigências contemporâneas.

O autor suso mencionado comenta, outrossim, que um número cada vez maior de necessidades e demandas ultrapassa as atribuições dos órgãos tradicionais, em termos técnicos ou financeiros, o que ocasiona a criação de outros entes globais ou um maior leque de atribuições e tarefas para os já estabelecidos. Destaca que o crescimento da importância dos atores não estatais e os benefícios para as organizações internacionais podem derivar da colaboração entre eles. A participação de todos os agentes interessados e preocupados em determinada causa aumenta a representatividade, legitimidade e eficácia dos entes envolvidos.

É nesse cenário que atua a ISO, regulamentando e padronizando processos, produtos e serviços, atividade esta que deveria ser, em princípio, realizada por um ente estatal doméstico, e não por um organismo não governamental internacional.

Relevante pontuar, também, que há apenas um membro da ISO por país, sendo tal membro o representante da aludida entidade no âmbito doméstico. A Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, aliás, é membro da ISO no Brasil, na condição de membro fundador.³

Por sua vez, é observável que não há uma igualdade plena entre todos os membros, pois há distinções na forma de participação, possuindo direito a voto apenas os membros efetivos.

O leque de padrões proposto pela ISO é bastante amplo e numeroso, como a emissão de certificações em produtos bancários, serviços diversos, adequação das práticas à proteção do meio ambiente, entre outros. A título exemplificativo, vejam-se alguns tipos de certificados que podem ser emitidos pela ISO:

ISO 9000 Quality management
ISO 14000 Environmental management
ISO 3166 Country codes
ISO 26000 Social responsibility
ISO 50001 Energy management
ISO 31000 Risk management
ISO 22000 Food safety management
ISO 27001 Information security management

³ Disponível em: <<http://www.abnt.org.br/abnt/conheca-a-abnt>>. Acesso em: 06 jun. 2016.

ISO 45001 Occupational health and safety
ISO 37001 Anti-bribery management systems
ISO 13485 Medical devices

Os padrões mais conhecidos no Brasil são a ISO 9000, voltada para gestão da qualidade, e a ISO 14000, voltada para a gestão do meio ambiente.

No mercado empresarial, uma empresa que detém uma certificação ISO 9001 consegue maior credibilidade perante os *stakeholders*, por ter a sua gestão aderente às normas ditadas por aquela entidade não governamental. De igual forma, há uma maior aceitação de seus produtos e serviços, no mercado interno e externo, quando possuem o selo de qualidade ISO.

Desta forma, percebe-se que a influência da ISO em ditar regras, com amplitude internacional, é bastante grande e penetra em diversos setores, ao arrempio de um controle direto de órgãos governamentais.

De outra senda, mesmo sem um controle direto do Estado nacional, pode-se argumentar que a unificação da padronização, a nível global, é salutar, pois viabiliza maior interação entre países diversos, sem discrepâncias nos métodos e qualidade dos produtos e serviços ofertados, principalmente num mercado multicêntrico globalizado.

Heilmann (2011) argumenta que quanto mais acelerada se tornou a busca de um mercado livre, sem fronteiras, mais se viu afetado o conteúdo do direito na ordem internacional por questões de interesses estatais e da mobilidade de bens e serviços e de pessoas exigindo cada vez mais a atuação administrativa dos distintos países.

Nessa linha, uma padronização emitida por um organismo não governamental internacional, como a ISO, facilita esse mercado livre supracitado e a mobilidade de bens e serviços, na medida em que uniformiza e iguala a produção para todos os países, de maneira indistinta.

Farias (2011) igualmente, ao tratar dos efeitos da crise financeira de 2008 e dos mecanismos para evitar que se repita, defende que deve existir uma normatividade espontânea através de mecanismos internacionais sem fins lucrativos para criar padrões internacionais a serem seguidos ainda que sem serem vinculantes do ponto de vista estritamente legal.

O autor propõe, ainda, uma desjuridificação do mercado, com estratégias como permitir que as partes e atores sociais e econômicos tentem definir, de maneira consensual, o conteúdo das normas, afastando a legislação ordinariamente simples para tratar de questões técnicas complexas. Aventa inverter a lógica

de hierarquia entre o direito positivo e o mercado, possibilitando que a lei se torne mais funcional à sociedade e à economia, com um apelo mais pragmático.

É exatamente isso que acontece no caso da ISO. É o mercado, desvinculado diretamente dos Estados e da sua respectiva legislação, que impulsiona a criação dos padrões que devem ser seguidos, com o apoio de especialistas do setor interessado.

Por conta de tais fatores, faz-se necessário verificar como tais padrões são criados e como são emitidos os certificados de tal organismo internacional não governamental que influi em diversos setores da sociedade.

2 Como são criados os padrões ISO e emitidas as certificações

É relevante destacar que a definição de um determinado padrão pode ocasionar um aumento do custo de produção de um bem específico ao, por exemplo, impedir determinada utilização de insumo na fabricação, por afetar supostamente o meio ambiente, ou, ao invés disso, exigir determinado insumo, mais sofisticado e mais caro.

Berman (2012) argumenta, analisando as regras emanadas do ICH – International Conference on Harmonisation of Technical Requirements for Registration of Pharmaceuticals for Human Use –, outra entidade que cuida de padronização, no ramo de medicamentos, que, nos países em desenvolvimento, os padrões da ICH afetam até a produção de medicamentos genéricos, aumentando os seus custos. A adoção de tais padrões pode ocasionar efeitos adversos na disponibilidade de medicamentos nos países em desenvolvimento. O risco de não produzir os medicamentos para a população seria muito mais gravoso do que não seguir as normas da ICH.

O autor critica que tais padrões, emitidos pelo ICH, apesar de inicialmente estarem voltados para os EUA, Japão e União Europeia, hoje são padrões globais que utilizam procedimentos desnecessariamente caros, para a produção dos medicamentos, mas que não trazem garantia de benefícios para a saúde pública. Grandes companhias absorvem tais custos facilmente, ao contrário das pequenas indústrias. Isso pode levar, assim, a uma restrição da competitividade.

Dessa forma, um agente transnacional externo, sem obediência ao regramento nacional, pode ocasionar um impacto direto na economia de um determinado país, mesmo que não haja uma legislação disciplinando a matéria. Isso ocorre tanto no caso do ICH como no caso da ISO.

Mendes (2011) aponta que a participação de pessoas singulares ou coletivas na elaboração de normas globais tem sido largamente percebida, demonstrando que o direito internacional global vem, cada vez mais, interferindo nas condutas privadas de âmbito global.

Isso é percebido nos casos em que os padrões ISO são exigidos. Mesmo que existam padrões nacionais, divergentes e por vezes mais baratos do que o padrão ISO, que garantam plenamente uma qualidade de um produto, por exemplo, o INMETRO, a aceitação do padrão ISO é muito maior, mormente no mercado internacional, que pode, até mesmo, rejeitar produtos nacionais não aderentes às práticas da ISO, mesmo que estejam de acordo com os padrões nacionais.

Ao desenvolver um *standard*, segundo a ISO⁴, é realizada uma reunião de um comitê técnico, formado por *experts* na área em que se pretende estabelecer o padrão, em que se discute e negocia um rascunho de padronização. Após a definição do padrão internacional desejável, tal rascunho (*draft*) é disponibilizado para os membros para que comentem o trabalho realizado pelos *experts* e votem. Se a votação for unânime, o padrão ISO é estabelecido. Do contrário, o rascunho volta para a equipe técnica para a realização de ajustes requeridos e propostos.

A ISO segue os seguintes princípios para o desenvolvimento dos seus padrões:

1. ISO standards respond to a need in the market
2. ISO standards are based on global expert opinion
3. ISO standards are developed through a multi-stakeholder process
4. ISO standards are based on a consensus

Seguindo tais princípios, os padrões ISO observam as necessidades do mercado, permitindo a participação de *experts* de diversas áreas do mundo para que contribuam no rascunho de padronização. Segundo a ISO, os comitês técnicos não possuem apenas especialistas da indústria, mas também associação de consumidores, ONGs, universidades e governo.

É tal comitê misto, composto de diversas partes interessadas, que formula o rascunho que será posto para a votação. No entanto, no estágio de aprovação, apenas os membros com direito a voto participam, sendo necessária uma votação qualificada para

⁴ Disponível em: <http://www.iso.org/iso/home/standards_development.htm>. Acesso em: 09 jun. 2016.

que o padrão seja aceito: é necessária a aprovação por uma maioria de dois terços.

De igual forma, nas diretrizes da ISO, é prevista a possibilidade de revisão das normas já publicadas.

Desta forma, percebe-se que as diretrizes propostas para o estabelecimento de padrões pela ISO, ao menos formalmente, estão aderentes aos mecanismos do Direito Administrativo Global, como a transparência, a participação dos interessados, a *accountability*, a tomada de decisão democrática e a possibilidade de revisão das decisões tomadas.

Krisch e Kingsbury (2012) explicam que tais mecanismos estão emergindo, no âmbito de entidades internacionais, para melhorar a *accountability* no processo de tomada de decisões de regulação global. Explicita também que tanto no ambiente interno como internacional são similares, com a busca pela transparência, participação e revisão como elementos centrais de todos os mecanismos regulatórios.

Mendes (2011) entende que os mecanismos e procedimentos de participação assegurados por organismos internacionais têm sido interpretados por muitos atores como um meio de aumentar a legitimidade democrática, a responsabilidade, a transparência e a visibilidade na tomada de decisão por organismos internacionais, compensando, assim, a falta de estruturas democráticas adequadas a nível global. Sem dúvida, vários mecanismos de participação estão sendo colocados em prática por muitas organizações internacionais, como a ISO.

Apesar de não existir um controle direto de entes governamentais regulando as suas ações por meio de leis domésticas, as diretrizes estabelecidas pela própria ISO para a criação de padrões são relevantes, bem diferente de decisões tomadas “às escuras”, em que os interessados não tomam conhecimento prévio nem tem a oportunidade de expressar suas opiniões acerca das regras a serem estabelecidas.

Cabe ponderar que tais mecanismos, no entanto, não afastam a possibilidade de entidades mais poderosas, como os grandes empresários e países mais desenvolvidos, ainda que não participem diretamente como membros, terem mais influência e direcionar as regras de padronização da ISO, para atendimento de seus interesses particulares, como restringir a competição ou a entrada de países menos desenvolvidos em determinado ramo de negócio.

Por sua vez, na maioria dos padrões, é proposto um período de implementação nas entidades interessadas em aderir aos padrões ISO, com vistas a possibilitar a entidade interessada em

obter a certificação ISO se adaptar às suas exigências. Após a adaptação e adequação ao padrão estabelecido, um auditor certificador independente verificará se os procedimentos e técnicas utilizadas estão condizentes com a norma. Se tudo estiver de acordo com os parâmetros estabelecidos pela ISO, o certificado será emitido para a entidade requerente.

Destarte, percebe-se que, como toda proposta de padronização, a ISO não tem por objetivo a harmonização da regulamentação vigente, nacional e internacional, mas sim suplantá-la, através da imposição de uma regulamentação própria, muitas vezes estranha à nacional. Não há, portanto, espaço para flexibilização e adequação do padrão ISO às peculiaridades locais.

Cabe ponderar, entretanto, que padrão ISO é facultativo, não obrigatório, mas, mesmo assim, acaba por influir em diversos ramos. No setor privado, tais certificações são relevantes e influem significativamente para a reputação da entidade que está em conformidade com os ditames da ISO, inclusive a nível internacional.

Nessa seara, ao aderir aos parâmetros da ISO, a questão reputacional é muito relevante, pois quem adere ao padrão ISO é mais bem visto diante dos *stakeholders*, nacionais e internacionais, uma vez que possui um indicativo que age de acordo com as regras internacionais estabelecidas e possui, *a priori*, qualidade na sua gestão, produtos e serviços.

Deve-se pontuar, também, que, de acordo com o conceito de Direito Administrativo Global, exposto por Krisch e Kingsbury (2012), há questões que perpassam pela constatação de que várias questões administrativas e regulatórias vêm ocorrendo em nível global e não local. Como exemplo, diversas normatizações e decisões de âmbito internacional, como as decisões do Conselho de Segurança da ONU ou normas emanadas do Banco Mundial.

Heilmann (2011), por sua vez, corrobora tal entendimento ao afirmar que, diante de uma intensificação do poderio de instituições internacionais (como OMS, Banco Mundial, FMI etc.), a estrutura estatal acabou sofrendo uma crise, sendo perceptível uma desestruturação do estado social interno, dando margem a uma estrutura internacional com vários *players* interagindo em prol de uma estrutura globalizada, com forte tendência notadamente ocidental.

Assim, não é possível ignorar que o mundo está se tornando, cada vez mais, internacionalmente regulado, não apenas por meio de tratados e regras internacionais formalmente emana-

das dos Estados, mas, muitas vezes, por regulamentações privadas de âmbito internacional.

Entretanto, no momento em que a Administração Pública requer, como *conditio sine qua non*, para o seu fornecedor certificado ISO em uma licitação, podem existir consequências no certame que merecem ser verificadas e analisadas.

3 As regras de licitação e as exigências de habilitação

Destaca-se que o certame é a regra nas contratações no âmbito da Administração Pública. De acordo com a Constituição Federal, artigo 37, inciso XXI, a Administração Pública Direta e Indireta deve licitar se pretender contratar com terceiros. O mencionado dispositivo preceitua o seguinte:

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.

Na mesma esteira, o art. 3º da Lei de Licitações, nº 8.666/93, dispõe que a “licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração”, entre outros princípios. Assim sendo, a regra é que o maior número de interessados participe da licitação, apresentando suas propostas para fornecer um produto ou prestar um determinado serviço.

De igual forma, as exigências, segundo o comando constitucional, relativas à qualificação técnica e econômica somente são permitidas quando indispensáveis para a garantia da execução contratual.

Assim, qualquer empecilho ou dificuldade desarrazoada para a participação no certame de possíveis interessados pode ser entendido como uma restrição à competitividade e, por consequência, ofensa ao princípio da isonomia e, também, ao art. 3º, inciso I, da Lei de Licitações, que veda a inclusão, nos atos convocatórios de certames licitatórios, de cláusulas impertinentes ou irrelevantes.

Isso não quer dizer que, quando for necessário estabelecer requisitos mínimos de participação no certame, com vistas à garantia à perfeita execução do contrato, a Administração Pública

não possa fazê-lo. A esse respeito, Meirelles (1998, p. 239) argumenta:

Todavia não configura atentado ao princípio da igualdade aos licitantes o estabelecimento de requisitos mínimos de participação, no edital ou convite, porque a Administração pode e deve fixá-los, sempre que necessário à garantia da execução do contrato, à segurança e perfeição da obra ou serviço, à regularidade do fornecimento ou ao atendimento de qualquer outro interesse público.

Mais ainda: uma exigência descabida, que não seja indispensável para a execução contratual, pode ser entendida, inclusive, como inconstitucional. A corroborar com tal entendimento, Di Pietro (2014) pontua que exigências “que não são indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações contribuem para tornar o procedimento da licitação ainda mais formalista e burocrático, desvirtuando os objetivos da licitação e infringindo o inciso XXI do artigo 37 da Constituição”.

Por conta disso, a Lei de Licitações discrimina quais os documentos são necessários para que eventual interessado possa se habilitar no quesito qualificação técnica. O art. 30 elenca a documentação necessária para que a empresa comprove a sua qualificação técnica:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do “caput” deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos; § 2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

§ 4º Nas licitações para fornecimento de bens, a comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.

§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

§ 6º As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.

Percebe-se que a Lei elenca exaustivamente qual a documentação poderá ser demandada do fornecedor interessado em participar da licitação, *numerus clausus*, não deixando margem a outras exigências, com vistas a evitar, como dito alhures, a restrição à competição e a criação de exigências, por vezes, dispensáveis.

Assim, como requisito para a habilitação técnica, percebe-se que não há espaço para a exigência de que o fornecedor tenha, ou o seu produto esteja, certificado pela ISO ou por qualquer outra entidade de padronização.

Pode-se até cogitar atribuir uma pontuação extra no julgamento das propostas, que é uma fase posterior, a um produto ou a um serviço que possua o selo de qualidade ISO, mas não se deve impedir que outros fornecedores, com produtos e serviços que

podem ter a mesma qualidade e utilidade, apesar da inexistência de prévia certificação de qualidade, participem do certame. Até porque determinado produto ou serviço pode ter qualidade sem a certificação ISO e ter um custo menor para a sua disponibilização, o que vai ao encontro do princípio da vantajosidade e da economicidade para a Administração Pública.

Em todo caso, causa certa estranheza a exigência de um padrão internacional, por mais bem conceituado que seja e que siga mecanismos de transparência e controle, pela Administração Pública, uma vez que tal padrão, como visto anteriormente, não se subordina, ao menos diretamente, ao crivo da legalidade do ordenamento jurídico doméstico.

Justen Filho (2014, p. 625) explica:

Tem-se cogitado da exigência da certificação ISO (em suas diversas variantes) como requisito de habilitação. O tema envolve grande risco de vício. A certificação ISO retrata uma certa concepção de excelência no cumprimento de rotinas e técnicas. Isso não significa que tal concepção seja necessária ou adequada à execução de um certo contrato administrativo. Ou seja, muitos dos requisitos indispensáveis à aludida certificação podem ser desnecessários à execução satisfatória do objeto contratual. Por outro lado, é perfeitamente imaginável que a natureza de um contrato específico comporte certas peculiaridades de que a certificação não cogita. Em suma, há um enorme risco de que a exigência da certificação ISO represente uma indevida restrição ao direito de participar da licitação.

E complementa o referido doutrinador:

O essencial não é a certificação formal, mas o preenchimento dos requisitos necessários à satisfação dos interesses colocados sob a tutela do Estado. Se o sujeito preenche os requisitos, mas não dispõe da certificação, não pode ser impedido de participar do certame (JUSTEN FILHO, 2014, p. 625).

Dentro desse esqueleto, após a exposição da legislação que trata do tema, é relevante observar como anda a jurisprudência pátria a esse respeito.

4 A jurisprudência acerca das certificações ISO

O Tribunal de Contas da União – TCU, no Acórdão nº 1085/2011-Plenário, sedimentou entendimento de que a exigência

em licitações, na fase habilitatória, de certificação ISO é ilegal, não encontrando amparo na legislação, *in casu*, no já mencionado art. 30 da Lei nº 8.666/93:

As certificações nacionais correspondentes à família 9000 da ISO se referem, em linhas gerais, a critérios para implantação de sistemas de garantia da qualidade. Para obtê-los, a empresa deveria demonstrar a adequação de seus procedimentos de fabricação aos padrões estabelecidos na norma, o que garantiria, ao menos em tese, que os produtos oriundos dessa empresa tenham sempre as mesmas características. Todavia, isso não garante que eles tenham qualidade superior aos de uma empresa que não seja certificada. Além do que, obter a certificação ISO é faculdade das empresas – não há lei que a indique como condição para exercício de qualquer atividade. Restritiva, portanto, a exigência desse predicado como condição para qualificação em licitações, pois afastar os participantes não certificados reduz a possibilidade de alcance da melhor proposta para a Administração, sem que haja justificativa razoável para tanto.

A jurisprudência do TCU nesse sentido é farta como nos Acórdãos nº 512/2009, nº 2.521/2008, nº 173/2006 e nº 2.138/2005, todos Plenário.

Na mesma senda, o TCU manifestou-se no Acórdão nº 1526/2002 – Plenário, de relatoria do Ministro Ubiratan Aguiar:

Os requisitos técnicos devem ser especificados de acordo com as normas da CNEN, não dos Certificados da série ISO 9000. Há que ser comprovada a capacidade de produzir bens e serviços que atendam às normas de segurança exigidas para o tipo de atividade desenvolvida, as quais devem ser de inteiro conhecimento da própria Eletronuclear. Há que se buscar a qualidade real do produto, não certificações que podem auxiliar a garantir essa qualidade, mas não garantem que outros que não a possuem não tenham a capacidade para atender ao interesse público.

Entretanto, aquele órgão de controle tem admitido tal exigência numa fase posterior, qual seja, na classificatória das propostas ofertadas, momento em que se pode comprovar a qualidade dos produtos e serviços sem restrição à competitividade.

É relevante ressaltar que a habilitação é uma fase inicial, voltada para verificar se o licitante é apto para participar ou não da disputa. Já na fase classificatória, o licitante já está habilitado e apresentou sua proposta, sendo eventual exigência de

certificação direcionada para verificar as características e o preço do produto ou serviço ofertado, não constituindo a exigência, nessa fase, desta forma, um óbice à competição.

Percebe-se que, apesar de no nascedouro da disputa ser incabível a exigência do padrão ISO, por restringir a participação de interessados, nada obsta que, na classificação, seja demandada a certificação, com o intuito de se aferir a qualidade do produto ou serviço ofertado na licitação.

À guisa de exemplo, no Acórdão nº 3380/2013 – Plenário, de relatoria do então Ministro Valmir Campelo, foi decidido que a exigência da certificação ISO 9001 do fabricante do equipamento licitado, na fase de habilitação dos competidores, não encontra guarida legal. Por conta disso, o TCU decidiu por notificar a entidade envolvida da impropriedade verificada no instrumento convocatório, alertando que a reincidência dos envolvidos em casos da espécie poderá ensejar a aplicação de multa.

Não obstante a constatação da irregularidade pelo órgão de controle, foi decidido que não cabia a aplicação de multa aos envolvidos nesse caso, pois não ficou caracterizada a culpabilidade das partes, nem tampouco prejuízo ao erário, razão pela qual a simples notificação ao ente público seria suficiente para evitar novos equívocos da espécie.

Tal entendimento nos parece razoável e adequado ao caso apresentado, pois, apesar de a exigência editalícia estar em desacordo com a Lei e com a jurisprudência do próprio TCU, a aplicação de uma penalidade seria desproporcional, mormente por não ter sido comprovado prejuízo ao erário. Ademais, parece que o gestor da entidade pretendeu incluir a exigência de certificação ISO para garantir a qualidade do produto ofertado na licitação, o que vai ao encontro da eficiência e da busca pela proposta mais vantajosa. Isso demonstra que os padrões emitidos pela ISO, uma entidade estrangeira e não governamental, ao arrepio da legislação pátria, acabam por influenciar não apenas o setor privado mas também a própria Administração Pública interna.

Em outro caso, no Acórdão nº 2995/2013 – Plenário, de relatoria, igualmente, do então Ministro Valmir Campelo, tratou-se do certificado ISO 14001, que versa sobre o sistema de gestão ambiental. Num pregão, foi exigida a apresentação de certificação ISO, ou similar, para comprovar a origem e qualidade da madeira utilizada. Isso de maneira exclusiva, sem dar margem a outros meios de prova de que o produto atende aos requisitos do edital.

A decisão foi fundamentada com base na Instrução Normativa (IN) nº 1 do Ministério do Planejamento - MPOG, que trata sobre

os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, bem como na legislação ambiental que trata do tema, apontando que as exigências ambientais não podem frustrar a competitividade da licitação e que, além de certificados, é admitida qualquer outra prova que ateste que o produto atende aos requisitos de qualidade do instrumento convocatório. Entretanto, o ministro entendeu que não estava comprovada restrição à competitividade, apesar de a exigência de habilitação ser apenas por meio de certificado ISO, ou similar, em desacordo, portanto, com a mencionada instrução:

25. Perante a vasta legislação ambiental vigente, em especial a que disciplina o correto manejo florestal, entendo que as empresas moveleiras, em sua maioria, possuem condições de atender a tal exigência, uma vez que a procedência legal da madeira é situação *sine qua non* para produzirem, sob pena de serem punidas nos termos da lei.

27. Soma-se a isso o fato de a Administração não poder ignorar a nova redação dada pela Lei nº 12.349/2010, ao art. 3º da Lei de Licitações, que coloca a sustentabilidade como parte do problema a ser considerado nas contratações públicas.

28. Sobre essa obrigação, julgo que ao exigir “atestado de certificação ambiental quanto à madeira utilizada”, a UFCG, na condição de consumidor final, cumpre seu papel na busca do uso sustentável das florestas brasileiras; ao mesmo tempo em que contribui, diretamente, com a Política Nacional do Meio Ambiente, no que concerne “à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico” (art. 4º, inciso I, da Lei 6.938, de agosto de 1981).

29. A propósito, considero que, nesse aspecto, a administração pública pode contribuir fortemente para a preservação do meio ambiente. Com influência expressiva na economia nacional, as compras governamentais mostram-se importantes indutores da política ambiental brasileira.

30. Assim, avalio que, considerando o rigor da legislação ambiental vigente, para o correto manejo florestal no Brasil, e ante as informações trazidas aos autos, a exigência ora questionada não foi fator decisivo para a restrição à competitividade do certame.

Neste ponto, percebe-se que há uma afirmação despida de qualquer fundamento, sendo uma ilação de que as empresas devem ter o certificado, por conta do rigor da legislação. Ademais, o entendimento exarado é contrário à própria instrução mencionada na decisão, que diz que as exigências de natureza ambiental não podem frustrar a competitividade do certame.

Assim sendo, os argumentos lançados na decisão são frágeis, com silogismo comprometido, em razão de uma falta de fatos robustos para ampará-lo.

Apesar disso, ficou demonstrado no Acórdão que a certificação não é um documento exclusivo e obrigatório, podendo ser comprovada a qualidade, de acordo com a IN nº 1 do MPOG, por qualquer meio idôneo.

Ficou evidenciado, portanto, ante a jurisprudência do órgão de controle citado, que os padrões ISO acabam por influenciar as contratações públicas, com a exigência deles em certames. Ainda que não possa ser feita a sua exigência na habilitação técnica, é possível a sua imposição no julgamento das propostas.

Conclusão

A intensificação cada vez maior da globalização, com o aparecimento e fortalecimento de entidades internacionais autônomas ao poder estatal, acaba transformando também as relações no âmbito doméstico, para melhor ou pior, tanto no ramo privado como no público.

No caso da ISO, observou-se que tal entidade não governamental internacional possui uma influência inegável em diversos setores, inclusive interferindo nas contratações públicas.

A sua composição envolve diversos membros, *experts* na área de padronização, espalhados por diversos países, que têm por desiderato a criação de padrões internacionais. Durante a criação de um padrão é possível a participação de diversos interessados, como *experts*, ONGs, entes governamentais e da indústria correlata. Assim, suas diretrizes e normas de funcionamento, para a criação de padrões, permitem a participação de interessados, tomada de decisão democrática e possibilidade de revisão das normas.

Destarte, ao menos formalmente, a ISO usa mecanismos relevantes do DAG como transparência, participação de interessados, gestão democrática, possibilidade de revisão e *accountability*, o que confere maior legitimidade às regras por ela emitidas.

De igual forma, como reúne diversos organismos que cuidam de padronização, como a ABNT, que é um membro fundador, e, ao mesmo tempo, impede que empresas e indivíduos participem como membros, transparece que é uma entidade autônoma e imparcial, ao menos formalmente.

A legislação nacional brasileira que trata sobre licitações não permite que, no nascedouro da disputa, o ente público exija, como requisito de habilitação técnica, os padrões ISO. No en-

tanto, é admitido, consoante a jurisprudência atinente à matéria, que a exigência de certificação ISO possa ser considerada na fase de disputa, qual seja, no julgamento das propostas.

É perceptível, portanto, que os padrões internacionais propostos pela ISO acabam por influenciar, a despeito de não se tratar de regras nacionais regulamentadas pelo Poder Público, nem tampouco serem de observância obrigatória, as contratações públicas.

Referências

BERMAN, A. **The Role of Domestic Administrative Law in the Accountability of Transnational Regulatory Networks: The Case of the ICH**. IRPA GAL Working Paper 2012/1.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 06 jun. 2016.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 06 jun. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. TC 019.848/2013-7. Acórdão 2995-43/13 – Plenário. Brasília, 06 nov. 2013. Rel. Min. Valmir Campelo. Disponível em: <www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/.../AC_2995_43_13_P.doc>. Acesso em: 07 jun. 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. TC 010.043/2013-6. Acórdão 3380-48/13 – Plenário. Brasília, 04 dez. 2013. Rel. Min. Valmir Campelo. DOU 12/12/2013, p. 148.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 1.526/2002 - Plenário. Brasília, 06 nov. 2002. Rel. Min. Ubiratan Aguiar. DOU 19/11/2002.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1085/2011 - Plenário, TC-007.924/2007-0. Brasília, 15 abr. 2011. Rel. Min. José Múcio. DOU 27.04.2011.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. TC 017.008/2012-3. Acórdão nº 1085/2011-

Plenário. Brasília, 20 jun. 2012. Rel. Min. Ana Arraes. Informativo de Licitações e Contratos, nº. 111. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/INFOJURIS/INFO_TCU_LC_2012_111.doc>. Acesso em: 10 jun. 2016.

CHAZOURNES, Laurence Boisson de. Changing Roles of International Organizations: Global Administrative Law and the Interplay of Legitimacies. **International Organizations Law Review**, v. 6, p. 655-666, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FARIA, José Eduardo. **O Estado e o direito depois da crise**. São Paulo: Saraiva, 2011.

HEILMANN, Maria de Jesus Rodrigues Araújo. **Globalização e o novo direito administrativo**. Curitiba: Juruá, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 16^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KRISCH, Nico; KINGSBURY, Benedict. Introdução: governança global e direito administrativo global na ordem legal internacional. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro, v. 261, p. 13-32, set./dez. 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23^a ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MENDES, Joana. Administrative Law Beyond the State: Participation at the Intersection of Legal Systems. In: CHITI, Edoardo; MATTARELLA, Bernardo Giorgio. (Ed). **GAL and EU Administrative Law**. Nova York: Springer, 2011. p. 111-131.

A Advocacia em Estatais e o Novo Código de Ética e Disciplina da OAB

O dever de observância do Código de Ética como meio para assegurar o respeito às prerrogativas. O dever que se transmuda em defesa.

Élida Fabrícia Oliveira Machado Franklin

Advogada da CAIXA no Piauí

Ex-Membro do Conselho Deliberativo da ADVOCEF

Secretária Geral Adjunta da OAB/PI

Membro da Comissão Especial da Advocacia em

Estatais do Conselho Federal da OAB

Especialista em Direito Público e Privado pela UFPI

Especialista em Direito do Trabalho e Processo

do Trabalho pela UNISC

Mestranda em Administração Pública pela UFPI

RESUMO

A atuação dos advogados públicos é de suprema importância para a sociedade, especialmente no exercício do controle interno da administração pública direta e indireta. No âmbito das estatais, onde o controle interno deve ser ainda mais efetivo, exige-se um assessoramento jurídico firme. Daí a necessidade de regulamentação adequada da advocacia estatal, indispensável para a plenitude de sua *autonomia funcional e técnica*. Estando a advocacia em estatais ainda carente de regulamentação própria, o novo Código de Ética e Disciplina da OAB assume papel relevante na salvaguarda das suas prerrogativas, visto que não é escusável o descumprimento de qualquer um dos deveres éticos impostos pelo novo código. Isso, antes mesmo de ser um dever, serve como escudo protetor às intempéries dos fatores reais de poder político, econômico e social sobre a atuação desses advogados.

palavras-chave: Administração Pública. Controle Interno. Advocacia em Estatais. Código de Ética e Disciplina da OAB.

ABSTRACT

The role of public lawyers has supreme importance to the society, especially in the exercise of internal control of the public administration, direct and indirect. In the framework of the State Companies, where the internal control should be even more effective, it requires a firm legal advice. So the need for

appropriate regulation of the Advocacy of the State, indispensable to the fullness of its functional and technical autonomy. While the Advocacy in the State is still in need of self-regulation, the new Code of Ethics and Discipline of OAB plays a relevant role in the safeguard of their privileges, behold it is not excusable the breach of any of the ethical duties imposed by the new code. So, before being a duty, it serves as a protective shield to the elements of real political, economic and social power factors on the activities of these lawyers.

Keywords: Public Administration. Internal Control. Advocacy in the State. Code of Ethics and Discipline of OAB.

Introdução

Em 1 de setembro de 2016, entrou em vigor o novo Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil (CED/OAB), construído a partir da necessidade de se reconfigurar o olhar disciplinar e ético sobre as controvérsias que resultam da atuação da advocacia brasileira.

Superando uma omissão histórica no âmbito da OAB, o novo diploma consagra a *unidade da advocacia brasileira*, princípio que deveria ser efetivado desde sempre, não diferenciando se advocacia privada ou pública, e destarte todos os deveres e prerrogativas da advocacia se aplicam também aos advogados públicos. O código inova ao destinar um capítulo específico para a advocacia pública e nele expressamente prever a sua observância como meio para assegurar o respeito às prerrogativas e à independência técnica indispensável para o exercício da função.

Não poderia ser diferente, uma vez que a atuação dos advogados públicos é de suprema importância para a sociedade, especialmente no exercício do controle interno da administração direta e indireta, imposição constitucional no que tange à União e a suas empresas estatais (art. 70 da CF). Perceba-se que sua função é relevante *“não apenas para o setor público, pela capacidade de evitar casos de corrupção, mas igualmente para a garantia de segurança jurídica do setor privado, pela controlabilidade da validade dos atos praticados”* (TORRES, 2015).

Nesse diapasão, assegurar a autonomia técnica do advogado público que atua no âmbito das empresas estatais se mostra indispensável para propiciar o controle interno dessas empresas, representando importante avanço no combate à corrupção no Brasil. Assim é que o novo Código de Ética, ao afirmar a independência técnica dos advogados públicos, apresenta-se como

valioso instrumento de controle interno da Administração Pública, especialmente nas empresas estatais.

Note-se que, ao passo em que receberam amparo para o fiel desempenho da sua atividade, os advogados públicos ficaram expressamente sujeitos à responsabilização disciplinar ética pelos atos praticados no exercício das suas funções. Nesse ínterim, as garantias e prerrogativas tornam-se deveres, não lhes sendo facultada outra opção senão exercê-las, visto que devem compromisso permanente à Constituição e aos valores que regem a profissão, devendo pugnar não só pela qualidade técnica do seu trabalho mas também pelo zelo com a ética, a moral, a honestidade e a dignidade no exercício das funções públicas.

1 A advocacia em estatais

A Carta Constitucional de 1988 reservou um capítulo próprio para tratar das funções essenciais à justiça, tratando expressamente sobre o exercício da advocacia em um sentido amplo, que engloba a advocacia privada e a advocacia pública. Nele, a advocacia de Estado ganha um escopo fundamental na preservação da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses do Estado, da sociedade e do cidadão, com atuação relevante no combate à corrupção.

A advocacia das entidades públicas, sejam elas integrantes da Administração Direta ou Indireta, desempenha papel especial no controle da observância aos princípios constitucionais da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, a que está sujeita a Administração Pública. A advocacia pública concentra as expectativas quanto à prevenção de ilícitos e à promoção da segurança jurídica da atividade da Administração direta e indireta, mediante atos confiáveis e válidos.

Focando na atuação das empresas estatais, órgãos da Administração Pública Indireta através dos quais o Estado intervém, de forma excepcional, na economia, não se pode perder de vista a prevalência do interesse público e o cumprimento da função social, nem mesmo em face de toda a sorte de fatores reais de poder, seja político, econômico ou social. Assim é que, nas estatais, o controle interno deve ser ainda mais intenso e efetivo, exigindo um assessoramento jurídico firme, que confira segurança à atuação dos entes estatais, seus gestores e servidores, de acordo com o ordenamento de regência.

Salvaguardar o interesse público é missão que se impõe, exigindo um máximo de eficiência em observância às peculiaridades da excepcional intervenção do Estado na economia, e o

correto aparelhamento jurídico das empresas do Estado é instrumento de prevenção de antijuridicidades prejudiciais ao povo, ao seu patrimônio, aos governos, aos agentes políticos, aos entes estatais, aos gestores e aos servidores, fazendo cumprir papel essencial da advocacia pública.

Dito isso, temos que os advogados estatais devem compor quadro técnico qualificado e estruturado, com vistas a cumprirem suas funções com independência e autonomia, com garantia de respeito às suas prerrogativas, principalmente porque são indispensáveis para o bom e fiel desempenho da função pública das estatais.

Ocorre que a ausência de regulamentação da advocacia estatal a torna vulnerável a intervenções de diversas ordens, fragilizando as garantias e prerrogativas inerentes ao advogado, seja ele público ou privado, por cercear mecanismos de blindagem contra o poderio político, econômico e social que atuam nas estatais nacionais. Veja-se que, ainda que coberto pelo manto da seleção por concurso público, o advogado estatal não está protegido em diversas searas, tais como vinculação e subordinação; critérios para transferência, promoção e demissão; inadequação da composição remuneratória (gratificação por função maior que o vencimento); ausência de força vinculativa dos seus pareceres; entre outras. Logo, a regulamentação adequada da advocacia estatal em sistema uniforme e integrado é indispensável para a plenitude de sua *autonomia funcional e técnica, com vistas ao efetivo exercício* do amplo controle interno sobre administração indireta, com o propósito de uma gestão eficiente e segura em benefício de todos.

O sistema de controle interno previsto constitucionalmente, cuja eficiência é um predicado do Estado Democrático de Direito, deve ser exercido sobre entidades da Administração Direta e Indireta, portanto não se podem afastar as estatais do tratamento de autonomia funcional da advocacia pública, enquanto função essencial, especialmente diante do expressivo poder econômico, político e social dessas empresas. Assim, os advogados públicos que atuam nas estatais devem ter garantias e prerrogativas para cumprimento das leis e da Constituição, prevenindo a corrupção e a improbidade em seu nascedouro e propiciando segurança jurídica a todos aqueles que com elas possam interagir.

Nesse caminhar, bradando por sua regulamentação e autonomia, a advocacia estatal vem conquistando o reconhecimento institucional e da sociedade. No âmbito do Conselho Federal da OAB, com a atuação da Comissão Nacional da Advocacia Pública (CNAP/CFOAB) e, posteriormente, com a criação da Comissão

Especial de Advocacia em Estatais (CEAE/CFOAB), a questão vem ganhando maior atenção, tendo merecido a aprovação de súmulas específicas relativas à atuação do advogado estatal. Vejamos¹:

Súmula 01 - É garantida a todo advogado de entidade estatal a autonomia técnica profissional, não estando tal autonomia sujeita ao poder diretivo do empregador público, de gestor ou órgão jurídico a que se vincule.

Súmula 02 - Advocacia nas entidades estatais é função essencial à administração, devendo a entidade manter e buscar constituir quadro permanente de advogados, vedada, de toda forma, a terceirização dos serviços advocatícios.

Súmula 03 - É garantido a todo advogado de entidade estatal o respeito à denominação advogado/procurador restando vedada qualquer outra denominação nos regulamentos, planos de cargos e salários, e demais regramentos da entidade.

Súmula 04 - É dever da administração, das entidades estatais e seus órgãos a prestação ao advogado de adequadas condições para realização de seu trabalho. Considera-se condição adequada de trabalho, entre outros: I) o fornecimento e disposição de livros e acervo técnico atualizado; II) o fornecimento de equipamentos de informática, softwares e certificados digitais, atualizados e em quantidade suficiente ao quadro de profissionais advogados; III) a disposição de quadro de pessoal técnico administrativo suficiente e qualificado para a prestação de apoio ao trabalho do advogado; IV) a manutenção de quadro suficiente de advogados para o exercício das atividades jurídicas da entidade; V) o respeito à autonomia técnica profissional do advogado; VI) o respeito aos prazos processuais e legais, bem como às prerrogativas de prazo qualificado, não podendo o advogado ser impelido a cumprir seus deveres em tempo inferior ou de modo contrário ao de lei; VII) a estipulação de prazo razoável, para o atendimento de expedientes administrativos, ressalvados os prazos de lei; VIII) a distribuição de volume adequado de prazos e demandas judiciais; IX) a impossibilidade de prestação de serviços administrativos e outros alheios à atividade advocatícia; X) o fornecimento de sistema de dados jurídicos eficiente, atualizado e compatível com as tecnologias utilizadas na seara jurídica; XI) a disposição adequada e organizada de documentos, objetos e equipamentos

¹ Súmulas desenvolvidas pela Coordenação Nacional da Advocacia em Estatais, da Comissão Nacional da Advocacia Pública, hoje Comissão Especial de Advocacia em Estatais do CFOAB.

sujeitos a análise do advogado; XIII) a disponibilização de estagiários para colaboração nas atividades jurídicas e administrativas.

Súmula 05 - É vedado o controle de ponto de jornada, inclusive eletrônico, ao advogado de entidade estatal e garantida a flexibilidade de horário, obedecidos, de qualquer forma, os períodos de descanso mínimos previstos em lei.

Súmula 06 - Os honorários advocatícios de sucumbência pertencem ao advogado, não configurando verba salarial, mas de caráter alimentar, sendo plenamente possível o ajuste entre a estatal e seus advogados.

Súmula 07 - É garantida ao advogado na estatal a recusa justificada de elaboração e assinatura de peça processual ou parecer jurídico contrário às suas prerrogativas, ao interesse público, à moralidade pública e a sua opinião técnica profissional, cabendo à autoridade jurídica hierarquicamente superior somente ajustar as informações prestadas mediante quota ou parecer complementar.

Súmula 08 - É vedada a demissão, suspensão ou advertência do advogado sem justa motivação, garantido, de toda forma, o devido processo legal administrativo, o contraditório, e a aplicação da lei 9784/99 e demais disposições do Estatuto da OAB.

Súmula 09 - É dever do advogado nas entidades estatais a busca incansável por soluções jurídicas moralmente compatíveis com o interesse público que preservem os serviços e atividades da entidade a que está vinculado, não podendo o profissional advogado, entretanto, assumir os riscos da atividade estatal, naquilo que seja competência administrativa alheia ao seu múnus público, bem como se sujeitar ou atuar com pessoalidade.

Súmula 10 - O advogado nas estatais não será responsabilizado por seus pareceres e por cumprimento de prazos e expedientes processuais caso a entidade não respeite a sua autonomia técnica profissional ou não lhe dê condições adequadas ao exercício da atividade advocatícia.

Súmula 11 - Não configura responsabilidade por erro grosseiro do advogado em estatais a perda de prazos e expedientes processuais e/ou administrativos que não tenham real chance de êxito processual ou que não puderem ser prestados, de qualquer forma, sem a devida autonomia técnica profissional e condições adequadas de trabalho.

Súmula 12 - O advogado nas estatais não poderá sofrer prejuízo salarial ou em sua progressão funcional em razão de resultados processuais ou administrativos estabelecidos pela entidade, órgão ou gestão jurídica a que esteja vinculado.

Embora não se tenha alcançado ainda a forma ideal para regulamentação da carreira da advocacia em estatais, a edição dessas súmulas representa grande avanço, notadamente ao se considerar que estão em vias de se tornarem provimentos do CFOAB, com arrimo no artigo 54, inciso V, da Lei nº 8.906/94, e assim se revestirem de eficácia normativa.

2 O capítulo da advocacia pública no novo Código de Ética e Disciplina da OAB

No decorrer das discussões sobre a proposta do novo CED no CFOAB, percebeu-se a necessidade de inclusão de um capítulo próprio para a advocacia pública, por dois motivos: o primeiro, para superar o hiato histórico entre a advocacia pública e a privada, consagrando por vez a *unidade da advocacia brasileira*; o segundo, para preservar o advogado público, atribuindo-lhe expressamente todos os deveres e prerrogativas da advocacia.

Por muito tempo, propagou-se a distinção entre o advogado público e o advogado privado, ecoando o falso juízo de que o advogado público não seria advogado de verdade em função de seu vínculo de trabalho com o Estado. Tal crença inspirou inclusive a propositura de uma ADIn contra a inscrição do advogado público na OAB. Tudo isso agora resta superado, pois não deve haver qualquer distinção entre advogados públicos e privados, senão a natureza dos clientes.

Os inúmeros fatores violadores da atuação profissional e funcional da advocacia pública brasileira afetam o exercício da advocacia em seu aspecto mais relevante: a independência. Assim, reconhecendo a importância da preservação das prerrogativas dos profissionais da advocacia de Estado e dos gestores de órgãos públicos jurídicos da Administração Pública, erigiu-se no novo CED capítulo específico para salvaguardar esses interesses; afinal, a inviolabilidade deve ser garantia para todo e qualquer advogado.

Vejamos²:

CED/OAB

CAPÍTULO II DA ADVOCACIA PÚBLICA

Art. 8º - As disposições deste Código obrigam igualmente os órgãos de advocacia pública, e advogados públicos, incluindo aqueles que ocupem posição de chefia e direção jurídica.

§ 1º - O advogado público exercerá suas funções com independência técnica, contribuindo para a solução ou redução de litigiosidade, sempre que possível.

§ 2º - O advogado público, inclusive o que exerce cargo de chefia ou direção jurídica, observará nas relações com os colegas, autoridades, servidores e o público em geral, o dever de urbanidade, tratando a todos com respeito e consideração, ao mesmo tempo em que preservará suas prerrogativas e o direito de receber igual tratamento das pessoas com as quais se relacione.

Não foi à toa que se reservou um dos capítulos iniciais do novo código para a advocacia pública. O objetivo foi justamente reforçar que, mesmo no exercício de função pública, o advogado assuma sua responsabilidade ética com a advocacia, uma vez que integra a OAB e se submete ao seu estatuto e demais normativos. Note-se que estão incluídos também aqueles que ocuparem alguma posição de chefia e direção de órgão jurídico, ainda que não integrantes da carreira, os quais devem respeitar e garantir a independência técnica dos advogados públicos a eles subordinados.

Consagrou-se ainda indispensável urbanidade que os advogados públicos e os dirigentes de órgãos jurídicos devem preservar no trato com os colegas, com as autoridades, com os servidores e, essencialmente, com o cidadão, o legítimo mantenedor e recebedor dos serviços públicos.

O novel CED, nessas poucas linhas, firmou as garantias essenciais à advocacia pública como concretizadora da justiça social, pois o fortalecimento do advogado público é o fortalecimento do Estado, da cidadania e da coletividade, visto que atua na defesa do interesse público e dos direitos fundamentais.

3 O dever ético como respaldo para a advocacia em estatais

Para preservar o adequado exercício da advocacia nas empresas estatais, urge que o sistema jurídico se ocupe com questões atinentes ao seu exercício, pois o interesse da estatal fica efetivamente atendido somente quando o advogado estatal cumpre a contento a representação judicial ou extrajudicial que lhe compete.

Estando a advocacia em estatais ainda carente de regulamentação própria, resta desprotegida e não são raros os relatos que evidenciam abusos cometidos por gestores que olvidam que o poder diretivo que assiste ao empregador encontra limites expressivos quando exercido em relação ao empregado público advogado. Isso porque ao advogado estatal cumpre um papel

² Novo Código de Ética e Disciplina da OAB, Resolução OAB N. 02/2015, publicado no Diário Oficial da União de 04/11/2015.

de ostensiva relevância social, ligado ao controle interno dos atos praticados pelos gestores das estatais, inclusive aqueles praticados por seus superiores hierárquicos, e a intangibilidade da autonomia técnica profissional é condição indispensável para uma atuação insuscetível de interferências externas. Não é outra a razão para a impossibilidade de demissão ou imposição de penalidades em advogados estatais sem a devida motivação e sem prévio processo administrativo, que devem preservar os princípios que regem a Administração Pública.

Já determinava o Provimento nº 114, de 2006, do CFOAB que “é **dever** do advogado público a **independência técnica**, exercendo suas atividades de acordo com suas convicções profissionais e em estrita observância aos princípios constitucionais da administração pública”. Na atualidade, o novo CED busca garantir o compromisso ético do advogado público como um direito inerente à profissão, conferindo novo contorno à festejada independência técnica, desta feita como prerrogativa inata à advocacia, seja ela pública ou privada.

O novo diploma ético determina a obrigação de observância do seu inteiro teor pelos órgãos de advocacia pública, advogados públicos e aqueles que ocupem posição de chefia e direção jurídica, que estão, agora explicitamente, sujeitos à responsabilização pelo Conselho de Ética por atos praticados no exercício das suas funções em eventual descumprimento do estatuto e regramentos pertinentes ao exercício da advocacia.

Dada a sua força normativa, aos advogados de Estado não é escusável o descumprimento de qualquer um dos deveres éticos impostos pelo novo código. E isso, antes mesmo de ser um dever, serve como escudo protetor às intempéries dos fatores reais de poder político, econômico e social que por ventura almejem intervir na atuação desses advogados.

Não é outra a intenção do CED:

CED/OAB

Art. 4º. O advogado, ainda que vinculado ao cliente ou constituinte, mediante relação empregatícia ou por contrato de prestação permanente de serviços, ou como integrante de departamento jurídico, ou de órgão de assessoria jurídica, público ou privado, deve zelar pela sua liberdade e independência.

Parágrafo Único. É legítima a recusa, pelo advogado, do patrocínio de causa e de manifestação, no âmbito consultivo, de pretensão concernente a direito que também lhe seja aplicável ou contrarie orientação que tenha manifestado anteriormente.

Essa autonomia garante ao advogado estatal, inclusive, a possibilidade de recusa justificada de elaboração e assinatura de peça processual ou parecer jurídico contrário às suas prerrogativas, ao interesse público, à moralidade pública ou à sua opinião técnica profissional. Por outro lado, tem o advogado em estatais o dever de buscar incansavelmente soluções jurídicas moralmente compatíveis com o interesse público que preservem os serviços e atividades da entidade a que está vinculado.

Acrescente-se ainda que nenhum advogado está subordinado a intenções contrárias do cliente, uma vez que atua como patrono da parte e lhe cumpre imprimir à causa a orientação que lhe pareça mais adequada, segundo prediz o artigo 11 do novo Código de Ética:

CED/OAB

Art. 11. O advogado, no exercício do mandato, atua como patrono da parte, cumprindo-lhe, por isso, imprimir à causa orientação que lhe pareça mais adequada, sem se subordinar a intenções contrárias do cliente, mas, antes, procurando esclarecê-lo quanto à estratégia traçada.

Dessa forma, também o advogado estatal não se deve subordinar à vontade dos seus gestores, pois é sua obrigação atuar com independência e conduzir a lide pelo caminho que entender mais apropriado. Só assim poderá se desincumbir do exercício da sua função social de interesse público.

Falando especificamente sobre remuneração e honorários, temos:

CED/OAB

Art. 19. O advogado que se valer do concurso de colegas na prestação de serviços advocatícios, seja em caráter individual, seja no âmbito de sociedade de advogados ou de empresa ou entidade em que trabalhe, dispensar-lhes-á tratamento condigno, que não os torne subalternos seus nem lhes avilte os serviços prestados mediante remuneração incompatível com a natureza do trabalho profissional ou inferior ao mínimo fixado pela Tabela de Honorários que for aplicável.

Parágrafo único. Quando o aviltamento de honorários for praticado por empresas ou entidades públicas ou privadas, os advogados responsáveis pelo respectivo departamento ou gerência jurídica serão instados a corrigir o abuso, inclusive intervindo junto aos demais órgãos competentes e com poder de decisão da pessoa jurídica de que se trate, sem prejuízo das

providências que a Ordem dos Advogados do Brasil possa adotar com o mesmo objetivo.

Previsto no Estatuto da OAB como um dos deveres do advogado (parágrafo único do art. 33), o dever de urbanidade é inerente ao exercício da advocacia e também está expresso no novo CED, art. 27. Nele, além de dever, surge como meio para assegurar a preservação de direitos e prerrogativas do advogado, exigindo-se que também deva ser observado nos atos e manifestações relacionados aos pleitos eleitorais no âmbito da OAB. Sua inobservância constitui infração ético-disciplinar.

O artigo 19 trata do dever de urbanidade no trato com outros advogados e deixa clara e evidente a obrigação de tratamento condigno, sendo proibido, no âmbito das estatais, por exemplo, que o gestor trate os demais advogados do quadro como subalternos.

Já o parágrafo único do artigo 19 pontua a responsabilidade do advogado gestor na condução das tratativas para evitar o aviltamento de honorários, inclusive em empresas públicas.

Ora, estando a advocacia em estatais ainda desprotegida, visto que carente de regulamentação própria, depositam-se no novo CED as expectativas para submeter as empresas públicas e seus gestores a essa nova perspectiva ética e jurídica da advocacia de Estado, inclusive como forma de assegurar a plenitude da sua autonomia funcional e técnica.

Não se olvide que, sendo a advocacia função essencial à Administração Pública, com atuação ímpar no controle interno, a manutenção, pelas empresas estatais, de quadro permanente de advogados com garantia de autonomia técnica, não sujeita ao poder diretivo do empregador público, de gestor ou órgão jurídico a que se vincule, é direito da sociedade.

Conclusão

Consagrando a *unidade da advocacia brasileira*, seja ela pública ou privada, a novel legislação faz com que todos os deveres e prerrogativas da advocacia se apliquem também aos advogados públicos, que têm, no dever de sua observância, um meio para assegurar o respeito às prerrogativas e à independência técnica indispensável para o exercício da função.

Não seria outro o posicionamento esperado, visto que o advogado público que atua no âmbito das empresas estatais se mostra indispensável para propiciar o controle interno nessas empresas e a garantia de sua independência técnica representa

importante avanço no combate à corrupção no Brasil, para o que se exige um assessoramento jurídico firme, que confira segurança à atuação dos entes estatais, seus gestores e servidores.

Enquanto a advocacia em estatais não alcança a regulamentação própria adequada, o novo CED materializa-se em instrumento protetivo, como forma de assegurar a plenitude da autonomia funcional e técnica, com garantia de respeito às prerrogativas, principalmente porque indispensáveis para o bom e fiel desempenho da função pública das estatais.

O novo Código de Ética da Advocacia Brasileira, antes mesmo de ser um dever imposto aos advogados estatais, veio como instrumento protetor contra as intempéries dos fatores reais de poder político, econômico e social que insistem em intervir na atuação das empresas estatais. Dada a sua força normativa, aos advogados de Estado não é escusável o descumprimento de qualquer um dos deveres éticos impostos pelo novo código. Esse foi um reforço significativo na conquista da autonomia e da real liberdade institucional como instrumento de garantia de defesa da probidade na execução da atividade do Estado.

Referência

TORRES, Heleno Taveira. Autonomia da advocacia pública é forma de combate à corrupção. **Revista Consultor Jurídico**, 16 de dezembro de 2015. Não paginado. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-16/autonomia-advocacia-publica-forma-combate-corruptao>>. Acesso em: 2 set. 2016.

A dispensa de empregados nas empresas estatais

Guilherme Bohrer Lopes Cunha

*Advogado da Casa da Moeda do Brasil - CMB
Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade
Cândido Mendes - UCAM
Bacharel em Direito pela Universidade Federal
do Rio de Janeiro - UFRJ*

RESUMO

Analisam-se as questões relevantes envolvendo as espécies de dispensa de empregados nas empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista), com ou sem justa causa, bem como a natureza jurídica desse ato, sendo abordada especialmente a necessidade de motivação.

Palavras-chave: Empresas estatais. Empregados públicos. Dispensa. Motivação.

ABSTRACT

This article analyzes the relevant issues involving the dismissal of employees in state-owned enterprises (public enterprises and joint stock companies), with or without cause, the legal nature of that act and discussed the need for motivation for the act of dismissal.

Keywords: State-owned enterprises. Public employees. Dismissal. Motivation.

Introdução

O objeto deste trabalho é analisar as hipóteses em que os empregados das empresas estatais podem ser dispensados, com ou sem justa causa, bem como a necessidade de haver motivação para legitimar o ato de dispensa e a previsão de regulamentação específica.

Primeiramente, será exposta a evolução da jurisprudência dos Tribunais Superiores que são competentes para julgar esse tipo de demanda, Supremo Tribunal Federal e Tribunal Superior do Trabalho, e aplicar a legislação correlata, Constituição Federal e Consolidação das Leis do Trabalho. No início, as decisões consideravam que a motivação não representava um requisito

necessário para a demissão desses empregados, enquanto atualmente essa posição passa a ser excepcionada expressamente para as empresas prestadoras de serviço público, de acordo com a jurisprudência, apesar de que há a possibilidade de esse posicionamento também ser aplicado às empresas que exercem atividade econômica.

Em segundo lugar, serão abordados os principais autores que se dedicaram ao tema. Vê-se que a doutrina majoritária defende a necessidade de motivação para o ato de dispensa independente da natureza do ramo em que atue a empresa estatal, atividade econômica ou prestação de serviço público, devendo ser oportunizado aos empregados o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Diante da inexistência de uma lei que discipline o assunto, este trabalho propõe a criação de normativos internos pelas próprias empresas estatais, com o intuito de evitar decisões arbitrárias que venham a ser anuladas em sede judicial. Assim, as rescisões contratuais por justa causa ou sem justa causa devem ser motivadas, sendo garantido o direito à prévia defesa por parte do empregado antes de a dispensa ser efetuada.

1 Evolução jurisprudencial: da dispensa imotivada à necessidade de motivação para as prestadoras de serviço público (STF) e para todas as empresas estatais (TST)

O inciso II do artigo 37 da Constituição Federal (CF) dispõe que as admissões de empregados públicos nas empresas estatais, empresas públicas e sociedades de economia mista, apenas poderão ocorrer mediante a prévia aprovação em concurso público; todavia, nada foi dito no texto constitucional a respeito das formas de dispensa, o que fez com que a jurisprudência dos Tribunais Superiores, com base no inciso II do § 1º do artigo 173, considerasse plenamente aplicáveis as regras previstas na legislação trabalhista, isto é, os seus contratos de trabalho podem ser rescindidos de maneira imotivada.

Esse era o posicionamento que prevalecia no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Tribunal Superior do Trabalho (TST), conforme pode ser visto nas ementas abaixo transcritas:

CONSTITUCIONAL. EMPREGADO DE EMPRESA PÚBLICA OU SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. DISPENSA IMOTIVADA. POSSIBILIDADE. I - Ambas as Turmas desta Corte possuem entendimento no sentido de que os empregados admitidos por concurso público em em-

presa pública ou sociedade de economia mista podem ser dispensados sem motivação, porquanto aplicável a essas entidades o art. 7º, I, da Constituição. II - Agravo regimental improvido. (Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 648453. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Primeira Turma. 20 de novembro de 2007)

DEMISSÃO SEM JUSTA CAUSA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA - A empresa estatal, seja qual for o seu tipo, dedicada à exploração de atividade econômica, está regida pelas normas trabalhistas das empresas privadas, por força do disposto no art. 173, § 1º, da Constituição Federal. Assim, dada a sua natureza jurídica, pode rescindir, sem justa causa, contratos de empregados seus, avaliando apenas a conveniência e a oportunidade, porque o ato será discricionário, não exigindo necessariamente que seja formalizada a motivação. Ressalte-se que, no terreno específico da administração pública direta, indireta e fundacional, a Constituição não acresceu nenhuma outra obrigação, salvo a investidura (art. 37, II) por meio de concurso público de provas e títulos. Não cogitou a Lei Magna em momento algum acrescer a obrigação de exigir motivação da dispensa. Recurso conhecido e desprovido. (Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 632808.14.2000.5.07.5555. Relator Ministro Ronaldo José Lopes Leal. Primeira Turma. 4 de abril de 2001)

A Subseção I da Seção de Dissídios Individuais (SBDI-I) do TST, inclusive, editou a Orientação Jurisprudencial (OJ) nº 247, em 20 de junho de 2001, que possuía originalmente o seguinte teor: "Servidor público. Celetista concursado. Despedida imotivada. Empresa pública ou sociedade de economia mista. Possibilidade". E, na mesma data, o TST alterou a Enunciado nº 390 de sua Súmula para fazer constar que "ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/1988".

Nos últimos anos, algumas empresas estatais conseguiram junto ao STF obter prerrogativas inerentes à Fazenda Pública não usufruídas pelas sociedades empresárias privadas, tais como a imunidade tributária recíproca (artigo 150, VI, "a", da CF), a impenhorabilidade de seus bens e o pagamento de suas dívidas mediante regime de precatórios (artigo 100 da CF). Para isso, adotou-se a classificação doutrinária abordada por diversos autores, tais como Di Pietro (2014, p. 515-517), Grau (2014, p. 101-108), Mello (2005, p. 174-175) e Meirelles (2006, p. 360-361),

que as diferencia entre exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviço público. As primeiras, por atuarem em áreas que competem aos particulares, mas que por razões de segurança nacional ou relevante interesse coletivo são assumidas pelo Estado, de acordo com o artigo 173 da CF, não fariam jus a essas benesses; enquanto as segundas, por operarem em esferas peculiares ao Estado, sim. Esse último grupo abarcaria a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero), a Casa da Moeda do Brasil (CMB), entre outras:

TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE RECÍPROCA. ART. 150, VI, "A", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. EXTENSÃO. EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO. PRECEDENTES DA SUPREMA CORTE. 1. Já assentou a Suprema Corte que a norma do art. 150, VI, "a", da Constituição Federal alcança as empresas públicas prestadoras de serviço público, como é o caso da autora, que não se confunde com as empresas públicas que exercem atividade econômica em sentido estrito. Com isso, impõe-se o reconhecimento da imunidade recíproca prevista na norma supracitada. 2. Ação cível originária julgada procedente. (Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária nº 765. Relator Ministro Menezes Direito. Tribunal Pleno. 13 de maio de 2009)

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. IMPENHORABILIDADE DE SEUS BENS, RENDAS E SERVIÇOS. RECEPÇÃO DO ARTIGO 12 DO DECRETO-LEI Nº 509/69. EXECUÇÃO. OBSERVÂNCIA DO REGIME DE PRECATÓRIO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. À empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, é aplicável o privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. Recepção do artigo 12 do Decreto-lei nº 509/69 e não-incidência da restrição contida no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, que submete a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. 2. Empresa pública que não exerce atividade econômica e presta serviço público da competência da União Federal e por ela mantido. Execução. Observância ao regime de precatório, sob pena de vulneração do disposto no artigo 100 da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido. (Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 220906. Relator Ministro Maurício Corrêa. Tribunal Pleno. 16 de novembro de 2000)

IMUNIDADE RECÍPROCA - INFRAERO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO - ARTIGO 150, INCISO VI, ALÍNEA "A", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O Tribunal reafirmou o entendimento jurisprudencial e concluiu pela possibilidade de extensão da imunidade tributária recíproca à Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária - INFRAERO, na qualidade de empresa pública prestadora de serviço público. (Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 797034. Relator Ministro Marco Aurélio. 21 de maio de 2013)

CASA DA MOEDA DO BRASIL (CMB) - EMPRESA GOVERNAMENTAL DELEGATÁRIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS - EMISSÃO DE PAPEL MOEDA, CUNHAGEM DE MOEDA METÁLICA, FABRICAÇÃO DE FICHAS TELEFÔNICAS E IMPRESSÃO DE SELOS POSTAIS - REGIME CONSTITUCIONAL DE MONOPÓLIO (CF, ART. 21, VII) - OUTORGA DE DELEGAÇÃO À CMB, MEDIANTE LEI, QUE NÃO DESCARACTERIZA A ESTATALIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO, NOTADAMENTE QUANDO CONSTITUCIONALMENTE MONOPOLIZADO PELA PESSOA POLÍTICA (A UNIÃO FEDERAL, NO CASO) QUE É DELE TITULAR - A DELEGAÇÃO DA EXECUÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO, MEDIANTE OUTORGA LEGAL, NÃO IMPLICA ALTERAÇÃO DO REGIME JURÍDICO DE DIREITO PÚBLICO, INCLUSIVE O DE DIREITO TRIBUTÁRIO, QUE INCIDE SOBRE REFERIDA ATIVIDADE - CONSEQUENTE EXTENSÃO, A ESSA EMPRESA PÚBLICA, EM MATÉRIA DE IMPOSTOS, DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL FUNDADA NA GARANTIA DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA (CF, ART. 150, VI, "a") - O ALTO SIGNIFICADO POLÍTICO-JURÍDICO DESSA PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL, QUE TRADUZ UMA DAS PROJEÇÕES CONCRETIZADORAS DO PRINCÍPIO DA FEDERAÇÃO - IMUNIDADE TRIBUTÁRIA DA CASA DA MOEDA DO BRASIL, EM FACE DO ISS, QUANTO ÀS ATIVIDADES EXECUTADAS NO DESEMPENHO DO ENCARGO QUE, A ELA OUTORGADO MEDIANTE DELEGAÇÃO, FOI DEFERIDO, CONSTITUCIONALMENTE, À UNIÃO FEDERAL - DOUTRINA (REGINA HELENA COSTA, "INTER ALIOS") - PRECEDENTES - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 610517. Relator Ministro Celso de Mello. 03 de junho de 2014)

Tendo em vista que a ECT foi a empresa estatal pioneira em obter junto ao STF tratamento similar ao da Fazenda Pública, o TST resolveu alterar a OJ nº 247 da SBDI-1, por meio da Resolução nº 143/2007, publicada em 13 de novembro de 2007, dividindo-a em dois incisos, de maneira que os seus empregados apenas devem ser demitidos de maneira motivada:

Orientação Jurisprudencial nº 247, da Subseção I da Seção de Dissídios Individuais (SBDI-I) - (alterada - Res. nº 143/2007) - DJ 13.11.2007

Orientação Jurisprudencial nº 247 da SDI - I do TST.

I - A despedida de empregados de empresa pública e de sociedade de economia mista, mesmo admitidos por concurso público, independe de ato motivado para sua validade

II - A validade do ato de despedida do empregado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) está condicionada à motivação, por gozar a empresa do mesmo tratamento destinado à Fazenda Pública em relação à imunidade tributária e à execução por precatório, além das prerrogativas de foro, prazos e custas processuais.

Em uma determinada reclamação trabalhista, após a ECT recorrer extraordinariamente de decisão do TST baseada nessa OJ (Recurso Extraordinário nº 589.998/PI), o STF, em julgamento de 20 de março de 2013, não apenas referendou essa posição como também resolveu ampliar para todas as empresas estatais que sejam exclusiva ou preponderantemente prestadoras de serviço público.¹ Assim, apesar de reconhecer a inaplicabilidade da estabilidade prevista no artigo 41 da CF² aos empregados públicos, passou-se a ser exigida a necessidade de motivação para a prática legítima do ato de rescisão unilateral do contrato de trabalho para essas estatais, por não serem alcançadas pelas disposições do artigo 173, § 1º, da CF, visando resguardar os seus empregados de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir.³

EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. DEMISSÃO IMOTIVADA DE SEUS EMPREGADOS. 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

¹ De maneira espirituosa, o Ministro Marco Aurélio afirmou durante o julgamento "que ela (a ECT) veio buscar lá e vai sair tosquida".

² Os servidores públicos são estáveis após três anos de efetivo exercício, apenas podendo perder o cargo "em virtude de sentença judicial transitada em julgado", "mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa" ou "mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa".

³ Cabe ser dito que essa decisão ainda não transitou em julgado, já que a ECT opôs embargos declaratórios e os autos foram conclusos ao Relator em 17 de outubro de 2014.

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. (Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 589.998/PI. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. 20 de março de 2013)

Em seu relatório, o Ministro Ricardo Lewandowski esclareceu que o objetivo dessa decisão é "coibir a ocorrência de abusos, a perpetração de arbitrariedades ou a concessão de privilégios por parte do empregador público, garantindo-se aos servidores em particular e aos administrados em geral um maior controle dos critérios de demissão", e, com base no princípio da razoabilidade, impor aos agentes do Estado "o dever de agir com ponderação, decidir com justiça e, sobretudo, atuar com racionalidade", pois o dever de motivar o ato administrativo de demissão "está ligado à própria ideia de Estado Democrático de Direito, no qual a legitimidade de todas as decisões administrativas tem como pressuposto a possibilidade de que seus destinatários as compreendam e o de que possam, caso queiram, contestá-las".⁴

Os ministros do STF, de acordo com os debates registrados no acórdão, tiveram o cuidado em distinguir a motivação da justa causa trabalhista, já que nem todas as demissões motivadas correspondem às situações previstas no artigo 482 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), de maneira que, por exemplo, podem ocorrer dispensas de empregados por razões de interesse público, em decorrência de uma crise econômica ou para observar as exigências da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000).

⁴ O STF já havia anulado demissão de empregado público por ter sido comprovado que o ato se deu por perseguição política no início da década de 90 do século passado (Recurso Extraordinário nº 130.206/PR. Relator Ministro Ilmar Galvão. Primeira Turma. 17 de setembro de 1991).

Além disso, para o STF, a necessidade de motivação não pode gerar a conclusão de que os empregados das empresas estatais somente serão demitidos após um processo administrativo disciplinar, nos moldes previstos para os servidores públicos ocupantes de cargos efetivos, de acordo com o artigo 41, § 1º, inciso II, da CF e o Título V da Lei nº 8.112/90, sendo necessário, na verdade, apenas um procedimento formal que sirva para registrar os fundamentos e as justificativas para a dispensa.⁵

Desde a publicação desse *leading case*, o TST passou a entender que estaria superada a segunda parte da OJ nº 247 da SBDI-1, decidindo pela reintegração no emprego daqueles que tenham sido dispensados imotivadamente por empresas estatais federais, estaduais, distritais e municipais.

RECURSO DE REVISTA. EMPRESA PÚBLICA. MOTIVAÇÃO DA DISPENSA. REINTEGRAÇÃO NO EMPREGO. O campo da despedida das empresas públicas e das sociedades de economia mista não é irrestritamente livre, sendo imprescindível que haja motivação justa, sob pena do ato encerrar arbitrariedade. Ora, se nos moldes preconizados pelo -caput- do artigo 37 da Carta Magna, a Administração Pública Direta e Indireta, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sujeita-se aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, exigindo a investidura em cargo ou emprego público apenas mediante prévia aprovação em concurso público de provas e títulos (inciso II do artigo 37/CF), excetuando-se os cargos em comissão, evidente que tal tratamento deve estar presente também no ato da dispensa, sob pena de se fazer -letra morta- do Texto Constitucional, que visou a moralização das contratações e dispensas no setor. E, ao contrário do entendimento estampado através do acórdão regional, o Constituinte visou assegurar não apenas direitos de estatutários, mas também de empregados celetistas como a reclamante, pelo que competia à reclamada, antes de dispensar a empregada, proceder à devida motivação do ato. Imprescindível, portanto, que haja motivação justa, sob pena do ato encerrar arbitrariedade, que resulta nulo, acarretando, portanto, ao

⁵ Entretanto, quando a própria empresa estatal tiver elaborado um normativo interno que trate do processo disciplinar, será obrigada a adotá-lo para fundamentar a punição, conforme o Enunciado nº 77 da Súmula do TST: "Punição de Empregado - Inquérito ou Sindicância Internos - Norma Regulamentar. Nula é a punição de empregado se não precedida de inquérito ou sindicância internos a que se obrigou a empresa, por norma regulamentar".

empregado a reintegração no emprego, com os demais direitos daí defluentes. Nesse sentido, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou no dia 20 de março de 2013 o recurso extraordinário 589.998 e decidiu que é obrigatória a motivação para a prática legítima do ato de rescisão unilateral do contrato de trabalho de empregados de empresas estatais. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. (Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 815-29.2012.5.03.0014. Relator Desembargador Convocado Valdir Florindo. 7ª Turma. 26 de junho de 2013)

RECURSO DE REVISTA. RECLAMADA. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA INTEGRANTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA. REINTEGRAÇÃO FUNDAMENTADA NA FALTA DE MOTIVAÇÃO DO ATO DE DISPENSA. DECISÃO DO STF. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 589.998-Piauí, em 20/3/2013, relator Ministro Ricardo Lewandowski, decidiu pela necessidade de motivação do ato de dispensa de empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista, em atenção aos princípios da impessoalidade e da isonomia. Logo, o entendimento do Supremo Tribunal Federal afasta a aplicação da Orientação Jurisprudencial nº 247 da SBDI-1. Recurso de revista de que não se conhece. (Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 1281-03.2012.5.01.0071. Relatora Ministra: Kátia Magalhães Arruda. 6ª Turma. 19 de novembro de 2014)

Entretanto, a discriminação efetuada pelo STF, no sentido de que a necessidade de motivação para a dispensa de empregados apenas deve abranger as empresas estatais prestadoras de serviço público, parece não ser seguida nesses estritos termos pelo TST, já que seus acórdãos enfocam os argumentos do ingresso mediante concurso público e da observância dos princípios de direito público, chegando, inclusive, a adotar esse entendimento para a Petróleo Brasileiro S/A (PETROBRAS), empresa considerada pelo STF como destinada à exploração econômica e, por isso, não atingida pelas prerrogativas aplicáveis à Fazenda Pública.

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA (ART. 150, VI, A DA CONSTITUIÇÃO). IMÓVEL UTILIZADO PARA SEDIAR CONDUTOS DE TRANSPORTE DE PETRÓLEO, COMBUSTÍVEIS OU DERIVADOS. OPERAÇÃO PELA PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRÁS. MONOPÓLIO DA UNIÃO. INAPLICABILIDADE DA SALVAGUARDA CONSTITUCIONAL. 1. Recurso extraordinário interposto de

acórdão que considerou tributável propriedade imóvel utilizada pela Petrobrás para a instalação e operação de condutos de transporte de seus produtos. Alegada imunidade tributária recíproca, na medida em que a empresa-agravante desempenha atividade sujeita a monopólio. 2. É irrelevante para definição da aplicabilidade da imunidade tributária recíproca a circunstância de a atividade desempenhada estar ou não sujeita a monopólio estatal. O alcance da salvaguarda constitucional pressupõe o exame (i) da caracterização econômica da atividade (lucrativa ou não), (ii) do risco à concorrência e à livre-iniciativa e (iii) de riscos ao pacto federativo pela pressão política ou econômica. 3. A imunidade tributária recíproca não se aplica à Petrobrás, pois: 3.1. Trata-se de sociedade de economia mista destinada à exploração econômica em benefício de seus acionistas, pessoas de direito público e privado, e a salvaguarda não se presta a proteger aumento patrimonial dissociado de interesse público primário; 3.2. A Petrobrás visa à distribuição de lucros, e, portanto, tem capacidade contributiva para participar do apoio econômico aos entes federados; 3.3. A tributação de atividade econômica lucrativa não implica risco ao pacto federativo. Agravo regimental conhecido, mas ao qual se nega provimento. (Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 285-716/SP. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Segunda Turma. 03 de março de 2010)

REINTEGRAÇÃO. EMPREGADO DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. MOTIVO DA DISPENSA DESCONSTITUÍDO EM JUÍZO. O eg. STF no julgamento do RE-589.998/PI decidiu que é necessária a motivação do ato de rescisão do contrato de trabalho do servidor empregado de empresas estatais e sociedades de economia mista, tanto da União quanto dos estados, municípios e do Distrito Federal, contratado após prévia aprovação em concurso público. Ou seja, consagrou a tese segundo a qual o mesmo rigor exigido do empregado para o ingresso na Administração Pública deve ocorrer quando de seu egresso, em razão dos princípios da isonomia, moralidade e impessoalidade, a que está adstrita. E, embora a Administração Pública indireta usufrua de regime jurídico próprio das empresas privadas, conforme o art. 173, §1º, II, da Carta Magna, inclusive no que diz respeito às obrigações trabalhistas, após a decisão do STF há necessidade de motivação do ato demissional. Isso porque a liberdade de que gozam as empresas públicas, em razão do interesse público, não é absoluta, encontrando limites na própria Constituição Federal. Após a decisão do e. STF, é necessária a motivação do ato demissional do empregado público concursado,

sob pena de revelar-se ilegal e abusiva, em razão do interesse público subjacente. No caso dos autos, o fundamento utilizado pela reclamada para dispensar o reclamante fora desconstituído em juízo, o que torna o ato imotivado. Precedentes. Recurso de revista conhecido e provido. (Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista com Agravo nº 259400-82.2004.5.01.0481. Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. 6ª Turma. 21 de maio de 2014)

Em relação à decisão do TST recém-transcrita, a PETROBRAS apresentou embargos de declaração para atacá-la, sendo um dos argumentos para o recurso "que o entendimento do STF quanto à necessidade de motivação está adstrito às empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, a teor da RE 589.998/PI e da ADI 1642, o que não é o caso da embargante, exploradora de atividade econômica". O relator do acórdão, por sua vez, limitou-se a afirmar a "necessidade de motivação da dispensa do servidor empregado de sociedade de economia mista, que tenha ingressado em seus quadros por concurso público, caso dos autos, sob pena de revelar-se não somente ilegal, mas também abusiva, em razão do interesse público subjacente", decidindo pela inexistência de contradição a ser sanada. (Embargos de Declaração em Recurso de Revista com Agravo nº 259400-82.2004.5.01.0481. Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. 6ª Turma. 06 de agosto de 2014). Assim, a decisão embargada, salvo melhor juízo, não restou devidamente esclarecida no que tange à distinção entre exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviço público.

Quando restar comprovada a motivação do desligamento, por outro lado, o TST não acolhe a reclamação do trabalhador dispensado, como no caso transcrito a seguir, em que o contexto probatório permitiu constatar que a empresa estatal reclamada fundamentou a dispensa pelo fato de a empregada reclamante ter-se recusado a ocupar outra vaga.

RECURSO DE REVISTA. SERVIDOR PÚBLICO. CELETISTA. CONCURSADO. DISPENSA IMOTIVADA. EMPRESA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. Recurso fundamentado em violação do art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal de 1988 e contrariedade à Súmula 390 do TST e à Orientação Jurisprudencial nº 247 da e. SBDI. O e. TRT da 4ª Região considerou nula a dispensa do empregado ao fundamento de que, -Ainda que haja controvérsia acerca da necessidade de motivação dos atos discricionários, deve-se observar o seguinte: tendo sido atribuído motivo ao ato de dispensa, o referido desligamento estará submetido à legalidade e real existência do mo-

tivo indicado, sob pena de nulidade do ato e retorno ao status quo ante, em conformidade com a teoria dos motivos determinantes. No caso dos autos, o contexto probatório do caso vertente permitiu constatar que a ré fundamentou a dispensa obreira pelo fato dela ter-se recusado a ir para outra vaga (doc. fl. 59)-. (grifos nossos). Nos termos da Súmula nº 390, II, do TST e da Orientação Jurisprudencial nº 247 da e. SBDI-1, ao empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admitido mediante aprovação em concurso público, não era garantida a estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal de 1988, sendo possível até mesmo a sua dispensa imotivada. Não haveria, portanto, que se falar em nulidade da dispensa nem em reintegração, tendo em vista que a empresa poderia, por ato unilateral, até mesmo dispensar o empregado imotivadamente. Entretanto, o excelso STF, ao julgar em composição plenária o recurso extraordinário nº RE-589.998/PI, deu-lhe provimento parcial para -reconhecer a inaplicabilidade do art. 41 da Constituição Federal e exigir-se [sic] a necessidade de motivação para a prática legítima do ato de rescisão unilateral do contrato de trabalho, vencidos parcialmente os Ministros Eros Grau e Marco Aurélio. O Relator reajustou parcialmente seu voto. Em seguida, o Tribunal rejeitou questão de ordem do advogado da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT que suscitava fossem modulados os efeitos da decisão- (grifos nossos) - acórdão publicado no DJe de 12/9/2013. Nesse contexto, inviável a aplicação da Súmula nº 390, II, do TST e da Orientação Jurisprudencial nº 247 da e. SBDI-1, ex vi da Súmula nº 401 do excelso STF. No entanto, in casu, conforme foi declinado no v. acórdão recorrido, há registro nos autos da motivação da dispensa, qual seja, -recusa de ir para outra vaga (doc. fl. 59)-. Por conseguinte, a tese recorrida encontra-se em consonância com o julgamento em composição plenária do recurso extraordinário nº RE-589.998/PI, razão pela qual, indenese os artigos 7º, XXX, 37 e 41 da Constituição da República. Recurso de revista não conhecido, no tópico. (Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 865-83.2011.5.03.0113, 3ª Turma, 30 de outubro de 2013)

Assim, verifica-se que a jurisprudência dos Tribunais Superiores não mais considera que os empregados públicos das empresas estatais que prestam serviço público possam ser demitidos de maneira imotivada, desde o julgamento pelo STF do Recurso Extraordinário nº 589.998/PI, em razão da exigência da realização de concurso para o ingresso nessas entidades, bem como pela influência dos princípios de direito público, com o intuito de evitar arbitrariedades. Além disso, é certo que o TST, mesmo que de uma forma

não explicitamente fundamentada, ampliou esse entendimento para também abarcar as que exercem atividade econômica.

2 Posição doutrinária: necessidade de motivação independente da natureza da empresa estatal

A doutrina brasileira que trata do assunto geralmente não entra no mérito do tipo de atividade exercida pela estatal como fez o STF por meio do RE nº 589.998/PI, somente concluindo pela necessidade de que sejam observados os princípios de direito público para a dispensa, afastando parcialmente as regras celetistas, em razão de a CF exigir a realização de concurso público para a admissão de empregados públicos, tal como aparentemente se posiciona o TST. Nesse sentido, por todos, cabe ser transcrita a lição de Mello (2005, p. 205):

Assim como não é livre a admissão de pessoal, também não se pode admitir que os dirigentes da pessoa [empresa estatal] tenham o poder de desligar seus empregados com a mesma liberdade com que o faria o dirigente de uma empresa particular. É preciso que haja uma razão prestante para fazê-lo, não se admitindo caprichos pessoais, vinganças ou quaisquer decisões movidas por mero subjetivismo e, muito menos, por sectarismo político ou partidário.

[...]

Logo, para despedir um empregado é preciso que tenha havido um processo regular, com direito à defesa, para apuração da falta cometida ou de sua inadequação às atividades que lhe concernem. Desligamento efetuado fora das condições indicadas é nulo. O empregado, se necessário, recorrerá às vias judiciais trabalhistas, devendo-lhe ser reconhecido o direito à reintegração, e não meramente à compensação indenizatória por despedida injusta.

Nos casos em que a empresa deva adotar uma política de contenção de despesas na área de pessoal ou que, por qualquer razão, convenha promover uma redução do quadro, deverão ser previamente anunciados os critérios objetivos em função dos quais serão feitos os cortes, para que se possa aferir se o desligamento de tais ou quais empregados obedeceu a critérios impessoais, como tem de ser.⁶

⁶ O Ministro Ayres Britto, durante o julgamento do RE 589.998, sintetizou o pensamento de Celso de Mello da seguinte forma: "Então, quem não é livre para admitir não é livre para demitir".

Por outro lado, da mesma forma que o STF decidiu recentemente, alguns autores advogavam ser necessário identificar o tipo de atividade desempenhada pelas empresas estatais, de maneira que a ausência de motivação fulminaria de nulidade a demissão de empregados quando a empresa estatal fosse prestadora de serviço público, enquanto na hipótese de exercer atividade econômica em sentido estrito, em concorrência com a iniciativa privada, a dispensa imotivada poderia ocorrer se necessária aos imperativos da sobrevivência concorrencial, conforme lecionam Salim (2006, p. 28) e Oliva (2010, p. 123).

De acordo com os autores Ferro (2009, p. 80), Freitas (2009, p. 115) e Silveira (2011, p. 59), o ato de dispensa de empregados públicos configura ato administrativo, pois praticado por quem faz as vezes do Estado, devendo ser motivado, em face dos princípios constitucionais que regem o exercício da função administrativa. O Estado empregador submete-se ao regime trabalhista, contudo sofre também o influxo de princípios e regras de direito público, formando um regime híbrido. A própria CF revoga parcialmente a legislação trabalhista ao dispor que a contratação deve ser precedida de concurso público (artigo 37, II) e estender aos empregados públicos a proibição de acumulação de cargos, empregos e funções (artigo 37, XVII). Assim, o Estado não possui o mesmo poder potestativo do empregador privado, já que se trata de relação jurídica que adquire o timbre da publicização, compelindo-o a motivar o ato de dispensa, conforme as lições de Freitas (2009, p. 114-133) e de Bemquerer (2012, p. 144-147).

Na seara dos contratos trabalhistas firmados por empresas privadas, Maurício Godinho Delgado critica o fato de o direito brasileiro não ter incorporado, "como regra geral, a necessidade de motivação consistente para a rescisão unilateral por ato do empregador, exigindo causas jurídicas relevantes para seu exercício", advogando, com isso, o "fim da dispensa meramente arbitrária no mercado laborativo do país, que se realiza por meio de simples ato potestativo empresarial". A dispensa do empregado deve se basear em motivo relevante, seja disciplinar, "como ocorre com a dispensa por justa causa, tipificada na CLT, e enquadrada como resolução contratual", seja "técnico, econômico ou financeiro, segundo a Consolidação, casos em que a dispensa se enquadra como rescisão do contrato de trabalho (rescisão motivada, é claro)", conforme leciona Delgado (2013, p. 1203-1206). Essas propostas apresentadas pelo insigne autor podem, por óbvio, ser aplicadas às relações celetistas das empresas estatais.

O fato da impossibilidade de os empregados públicos serem demitidos de maneira imotivada não se confunde com a estabilidade dos servidores públicos, como decidido pelo STF, pois a motivação do ato de dispensa simplesmente representa indicar os pressupostos de fato e de direito, sem, necessariamente, apontar-se causas caracterizadoras de falta grave. Pode-se motivar o ato de dispensa com base em fundamentos jurídicos válidos alicerçados em pressupostos econômicos, tecnológicos, estruturais ou análogos, os quais caracterizariam ruptura contratual sem justa causa. Logo, não há relação entre motivação e estabilidade, mas sim o resguardo da Administração Pública contra o arbítrio, de acordo com Porto Neto (2012, p. 127) e Bemquerer (2012, p. 148), pois, "com a motivação da dispensa, o administrador aponta as razões de interesse público que justificaram o ato, além de livrar-se de eventual acusação de perseguição ou arbitrariedade", conforme leciona Lima Filho (2010, p. 140).

Com isso, aponta-se que não se está a afirmar ser obrigatória a realização de processo administrativo semelhante ao previsto na Lei nº 8.112/90 para a dispensa em todos os casos, apenas que, seguindo o entendimento de Silveira (2011, p. 30-62), seja assegurada ao empregado a ampla defesa e o contraditório, cabendo ao administrador decidir de acordo com os princípios extraídos do ordenamento jurídico diante da omissão legislativa na disciplina da dispensa de empregados públicos.

3 Proposta de sistematização: critérios subjetivos e objetivos previstos em regulamento

Esse estado de insegurança descrito anteriormente existe, entre outros motivos, pela ausência de definição legal de um regime jurídico para as empresas estatais que defina os parâmetros das relações laborais. Com uma normatização infraconstitucional, pelo menos na esfera federal, ter-se-ia a base para disciplinar as hipóteses e os procedimentos para se efetivar a dispensa do empregado público.

A União, por meio da Lei nº 13.303/2016, atendeu, em parte, o previsto no artigo 173, § 1º, da CF, para estabelecer o Estatuto da Empresa Pública e da Sociedade de Economia Mista aplicável às exploradoras de atividade econômica, bem como uma lei federal para regular as prestadoras de serviço público no âmbito da Administração Pública Federal, pois, apesar de tratar de relevantes temas relacionados às empresas estatais, tais como governança corporativa, política de integridade, procedimento licitatório e gestão de contratos, deixou de abordar os assuntos

previstos no inciso II do citado dispositivo constitucional, o que inclui os direitos e obrigações trabalhistas.

Enquanto a necessária legislação federal não é editada, com base na doutrina antes listada e na recente tendência da jurisprudência trabalhista, recomenda-se que a necessidade de motivação para o devido ato de dispensa do empregado público seja observada pelas empresas estatais. Assim, com o intuito de evitar decisões arbitrárias, as rescisões contratuais devem ser motivadas a partir de fatores disciplinares, caracterizando a justa causa (critérios subjetivos), ou fatores técnicos, econômicos ou financeiros, quando se dará sem justa causa (critérios objetivos), sendo garantido o direito à prévia defesa por parte do empregado antes de a dispensa ser efetuada. Além disso, em nome da segurança jurídica, é prudente que cada pessoa jurídica institua normativo interno para regular os procedimentos que serão adotados.

No caso de rescisão do contrato de trabalho por justa causa, hipótese que se encontra prevista no artigo 482 da CLT, temos uma demissão motivada por critérios subjetivos, por se tratar de falta grave cometida pelo trabalhador, isto é, a motivação da demissão se encontra em uma infração disciplinar cometida. Nessas situações, o direito de defesa do empregado público deverá ser amplo e irrestrito, garantindo-lhe todos os meios de prova legítimos (documental, testemunhal, pericial etc.) e apresentação de uma defesa escrita para atacar as suspeitas de irregularidade que lhe tenham sido imputadas, cabendo a uma autoridade previamente determinada o julgamento dos fatos apurados ao final.

Na demissão motivada sem justa causa, a arbitrariedade não se consumará quando ocorrer por expressos critérios objetivos, não imputáveis a fatos cometidos por determinado empregado, mas baseados em fatores técnicos, econômicos ou financeiros, tais como a necessidade de redução dos quadros de pessoal ou a supressão de determinado setor da empresa cuja atividade não mais interessa ao seu objetivo empresarial. O direito de defesa aqui terá uma natureza restrita em comparação à hipótese de justa causa, podendo limitar-se a oportunizar ao empregado que apresente uma manifestação escrita para impugnar a motivação de sua dispensa, por meio da qual apontaria que foi equivocadamente incluído no rol daqueles que serão demitidos, sendo certo que a norma interna da empresa deve estipular que será apreciada antes da efetivação da dispensa.

Assim, cabe à legislação, desde leis nacionais e federais até regulamentos internos, estabelecer as hipóteses de dispensa motivada dos empregados públicos e os procedimentos cabíveis para

a realização desse ato, sendo necessário distinguir se a motivação se baseará em critérios subjetivos ou objetivos para definir a forma como ocorrerá a apresentação de defesa.

Conclusão

Como pôde ser observado, a jurisprudência dos Tribunais Superiores adota atualmente a posição expressa de que os empregados públicos das empresas estatais que prestam serviço público não podem ser demitidos de maneira imotivada, em razão da exigência da realização de concurso para o ingresso nessas entidades e pela influência dos princípios de direito público. Todavia, há decisões que, mesmo que de uma forma não explicitamente fundamentada, ampliam esse entendimento para também abarcar as que exercem atividade econômica, gerando uma situação de insegurança jurídica diante da inexistência de legislação para disciplinar o assunto.

A doutrina majoritária, por outro lado, aponta a necessidade de motivação independente da natureza da atividade exercida pela empresa estatal, por se tratar de ato administrativo, bem como que seja assegurado ao empregado a ampla defesa e o contraditório antes da efetivação da dispensa.

Dessa forma, diante da omissão legislativa, que não foi sanada com a promulgação da Lei nº 13.303/2016, e com o intuito de estabelecer um regramento claro para evitar arbitrariedades, cabe às próprias empresas estatais se adequarem aos rumos da jurisprudência, já antevistos pela doutrina, estabelecendo em normativos internos as hipóteses de dispensa motivada de seus empregados públicos e os procedimentos cabíveis para a realização desse ato, sendo necessário distinguir se a motivação se baseará em critérios subjetivos, enquadráveis como rescisão do contrato de trabalho por justa causa, ou objetivos, dispensa sem justa causa baseada em fatores técnicos, econômicos ou financeiros.

Referências

- BEMQUERER, Marcos. **O Regime Jurídico das Empresas Estatais após a Emenda Constitucional nº 19/1998**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12ª ed. São Paulo: LTr, 2013.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- FERRO, Marlúcia Lopes. **O Devendo Processo Legal na Dispensa do Empregado Público**. São Paulo: LTr, 2009.

FREITAS, Ney José de. **Dispensa de Empregado Público e o Princípio da Motivação**. Curitiba: Juruá, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

LIMA FILHO, Claudio Dias. Inexistência de estabilidade e a confusão jurisprudencial formada em torno da dispensa do empregado público concursado. **Revista Trabalhista Direito e Processo**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, p. 126-143, jan./mar. 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

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

OLIVA, José Roberto Dantas. Empresas públicas e sociedades de economia mista prestadora de serviços públicos: necessidade de motivação para despedir seus empregados. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 36, p. 109-134, jan./jun. 2010.

PORTO NETO, José Mário. Considerações acerca do ato de dispensa dos empregados de sociedades de economia mista. **Revista Trabalhista: Direito e Processo**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 43, p. 119-128, jul./set. 2012

SALIM, Adib Pereira Netto. A dispensa de empregados em empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos ou exploradoras de atividades econômicas em regime de monopólio. **Revista Nacional de Direito do Trabalho**, Ribeirão Preto, v. 9, n. 103, nov. 2006.

SILVEIRA, Verena Sapucaia da. Da impossibilidade de dispensa desmotivada de empregados públicos das empresas estatais. **Revista Trabalhista: Direito e Processo**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 38, p. 51-68, abr./jun. 2011.

Tutela de urgência: breves considerações sobre o Novo Código de Processo Civil e o de 1973

Mariel Mayer Pilarski

Advogada no Paraná

Graduada em Direito pela Faculdade Dom Bosco

Pós-Graduada em Direito Civil e Processual

Civil pela Unicuritiba

Assessora Parlamentar da Câmara dos Deputados

RESUMO

Com a revogação do CPC de 1973 a partir de março de 2016, entrou em vigor a Lei nº 13.105, que é o Novo Código de Processo Civil. Inúmeras foram as modificações da legislação, dentre elas neste artigo abordar-se-á a questão da tutela de urgência, através de pesquisa doutrinária, observando quais serão as principais modificações e consequências, isso porque a mudança dos procedimentos foi vasta ante aos que até então eram adotados. Do gênero tutela de urgência advêm duas espécies, a tutela antecipatória e a tutela cautelar (e não mais medida cautelar), que têm como base os princípios constitucionais da celeridade, economia e efetividade jurisdicional. Deste modo, abordar-se-á conceitualmente a tutela de urgência, a provisória, a cautelar, a antecipatória, as diferenças entre a tutela de evidência e a de urgência e, por fim, comparar-se-á o CPC de 1973 com o CPC de 2015, dando ênfase às maiores modificações entre as legislações.

Palavras-chave: Tutela. Urgência. Cautelar. Novo CPC.

ABSTRACT

With the 1973 CPC revoked from March 2016 enter into force the law n. 13,105, which is the New Civil Procedure Code. Numerous were the modifications of legislation, among them in this article will address the issue of urgency care, through doctrinal research, observing what are the main changes and consequences, this is because the change of the procedures was vast compared to those who hitherto are adopted. The urgency guardianship genre come two species, anticipatory protection and injunctive relief (not more injunctive relief), which is based on the constitutional principles of expediency, economy and effectiveness court. Thus, conceptually address the urgent

protection, provisional, caution, anticipatory, the differences between the protection of evidence and the urgency and finally to compare the CPC 1973 to 2015 CPC, emphasizing in major changes among the *codex*.

Keywords: Guardianship. Urgency. Precautionary. New CPC.

Introdução

Sabe-se que a maior problemática do Judiciário brasileiro é não dar a efetiva prestação jurisdicional em razão da morosidade empregada, isso porque a demanda pode ter sentença positiva, mas ser vazia, não se tornando exequível em razão do tempo que se demorou a tê-la, razão pela qual se faz imprescindível em um sistema a presença das tutelas de urgência, que em cognição sumária e não exauriente podem dar atendimento àquilo que se pretende e que se faz urgente.

Em março de 2015 foi publicada a Lei nº 13.105, que a partir de meados de março de 2016 tornou-se o novo Código de Processo Civil em vigência no país, revogando a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 e todas as suas emendas.

Com esse acontecimento, inúmeras são as mudanças da então sistematização que se utiliza, entre estas as tutelas cautelares e antecipadas, que passam a ser tratadas dentro da tutela de urgência.

Até o Código de Processo Civil de 1973, havia confusões sobre qual instituto aplicar no caso em concreto, tanto que se aplica, diante da discricionariedade do juízo, a fungibilidade ante as peculiaridades apresentadas.

Com o Novo CPC, os requisitos para a concessão tanto da tutela cautelar quanto da tutela antecipatória passam a ser os mesmos, como a seguir será explanado. Diante disso, a principal problemática apresentada são quais as principais modificações e suas consequências para o sistema como um todo.

Notório é que as decorrências da nova legislação, no que tange à prática, tão somente poderão ser analisadas após a sua entrada em vigência e certo lapso temporal para a adequação de todos os envolvidos.

Todavia, o que se pode fazer neste momento é analisar as principais modificações do *codex*, comparando os procedimentos da tutela de urgência entre os dois códigos, analisar se o novo procedimento poderá trazer celeridade processual; observar se com o novo procedimento o objetivo da tutela de urgência poderá ser mais efetivo a seu fim.

Para tanto será realizada pesquisa bibliográfica e através do método dedutivo serão apresentados os dados levantados.

1 A tutela de urgência

A tutela de urgência se faz imperiosa para que se concretizem os direitos, de modo que em futuro breve eles já não estejam frustrados em razão das peculiaridades do caso em concreto e da possível demora na prestação jurisdicional. Para tanto, “o emprego das tutelas de urgência possibilita a concretização de alguns princípios basilares da ordem processual pátria, tais como a celeridade, a economia, a eficiência, a segurança jurídica” (RICARTE, [20--]).

O Poder Judiciário brasileiro, como é de conhecimento amplo, está farto de inúmeras demandas, o que leva a uma preocupação geral para que a demanda não chegue ao seu fim de forma vazia, não se prestando efetivamente à justiça a que se propunha. Nesse aspecto, as tutelas de urgência:

Representam providências tomadas antes do desfecho natural e definitivo do processo, para afastar situações graves de risco do dano a efetividade do processo, prejuízos que decorrem da sua inevitável demora e que ameaçam consumir-se antes da prestação jurisdicional definitiva. Contra esse tipo de risco de dano, é inoperante o procedimento comum, isto que tem, antes do provimento do mérito, de cumprir o contraditório e propiciar a ampla defesa (THEODORO JUNIOR, 2002, p. 28).

Isso porque, conforme Didier Junior et al. (2013, p. 422):

A urgência é o perigo, que é uma situação fática que exige tratamento célere e enérgico. O perigo pode decorrer da iminência ou do agravamento de um dano irreversível ou de difícil reparação, mas pode decorrer também - e isso é quase sempre esquecido - da iminência ou da continuação de um ato contrário ao direito (ato ilícito), ainda que dele não decorra instantaneamente um dano.

No mesmo sentido, a tutela de urgência:

Visa combater um perigo na demora da prestação jurisdicional. Esse perigo pode consubstanciar-se na possibilidade de um ilícito, na sua reiteração ou continuação, pode visar à remoção de um ilícito ou à reparação de um evento danoso. Quanto ao dano, a técnica

ca pode desde logo satisfazer o direito ou simplesmente acautelá-lo, se exposta a tutela do direito a um perigo de infrutuosidade (MITIDIERO, 2011, p. 50).

Com o intuito de que realmente tenha eficácia e que atenda aos princípios constitucionais de acesso à justiça e celeridade processual, a tutela de urgência de que ora se trata poderá ser concedida a qualquer tempo do andamento da lide, mesmo que a demanda já tenha sido contestada, sentenciada ou esteja em sede recursal (DIDIER JUNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2013, p. 570).

A tutela de urgência é gênero, do qual advêm suas espécies, a tutela antecipada e a tutela cautelar (DOTTI, 2015, p. 2) e “podem [...] ser intentadas antes ou mesmo no curso do processo, sejam estas de natureza cautelar ou satisfativa” (HENRIQUES FILHO, 2011, p. 147), que a seguir serão explanadas.

Ambas as espécies da tutela de urgência rompem a normal sequência que se dá no procedimento ordinário, sendo que cada uma com suas peculiaridades e diferenciações, numa cognição sumária, dá à parte o direito que somente seria possível em uma sentença, em cognição exauriente (THEODORO JUNIOR, 2002, p. 52).

1.1 A tutela provisória

A tutela provisória é gênero do qual advêm suas espécies, a tutela de urgência e a tutela de evidência, sendo que a primeira (de urgência) subdivide-se em tutela antecipada e tutela cautelar.

Com a instituição do novo CPC, “a tutela provisória, nos moldes em que foi inserida no CPC, possui indicações de que não se comporta da mesma forma do que o instituto que lhe correspondia no CPC/1973” (NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 294), razão pela qual o tema passa a ser analisado de outra maneira pela doutrina. Nesse sentido:

O cerne da possível controvérsia teórica instaurada pelo Novo CPC estaria na inserção da tutela cautelar como espécie do gênero tutela provisória. Isso porque a tutela cautelar, conforme autorizados setores da doutrina nacional, estaria ligada ao conceito de temporário, e não ao conceito de provisório (RAATZ; ANCHIETA, 2015).

No CPC de 1973 não havia expressamente a tutela provisória, já que a doutrina partia do direito material para tal instituto, pois se diferenciava tão somente a tutela cautelar da satisfativa (RAATZ; ANCHIETA, 2015, p. 269).

Define-se como provisório aquilo que tem menor estabilidade, podendo ser trocado por algo que será definitivo, razão pela qual se pode concluir que tudo aquilo que se torna definitivo um dia foi provisório (RAATZ; ANCHIETA, 2015).

A provisoriedade distingue-se, ainda, do temporário: “provisório tende a durar até que seja trocado por algo definitivo, dizer que algo é temporário significa dizer que tem duração indefinida, uma vez que irá perdurar enquanto for necessário” (RAATZ; ANCHIETA, 2015).

Ainda:

O conceito de tutela provisória não tem nenhuma relação com o conteúdo material do provimento jurisdicional – vale dizer, com o fato de ele ser satisfativo ou cautelar –, mas, sim, com a característica de não ser proferido com base em cognição exauriente e, por conseguinte, ter aptidão para ser a qualquer tempo revogado ou modificado, conforme preceitua textualmente o artigo 296 do Novo Código (RAATZ; ANCHIETA, 2015, p. 270-271).

Percebe-se, então, que a tutela provisória no novo CPC diz respeito ao ato jurisdicional e não mais somente aos efeitos do instituto causados numa decisão judicial, sendo uma característica do provimento dado pelo estado-juiz, porque poderá a qualquer tempo, até a decisão final, modificar a decisão anteriormente concedida (RAATZ; ANCHIETA, 2015, p. 273).

2 A tutela antecipada

A antecipação da tutela faz com que seja possível um tratamento diferente àqueles direitos que são evidentes ou que correm risco de lesão (MARINONI, 2008, p. 41), de modo então que se faz a cognição sumária do direito que se pleiteia dentro do processo principal.

A medida se faz necessária porque o Estado veda a autotutela, razão pela qual sempre as partes têm que levar a ele o que pretende ser seu direito. Em virtude da vedação, o Estado traz para si mesmo a obrigação de ter medidas eficazes para todas as lides que a ele forem submetidas, pois todos têm direito à plena e adequada prestação da tutela jurisdicional. Tão logo, se a situação em concreto exige uma tutela urgente, que não é cautelar, de cognição sumária, o Estado tem de prestá-la, com fulcro no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal, o que permite que o direito material seja tratado com a peculiaridade que o caso em concreto lhe impõe (MARINONI, 2008, p. 132-134).

Marinoni (2008, p. 45) entende que a tutela antecipada:

em um sentido restrito, significa a tutela que antecipa as tutelas que podem ser prestadas pelas sentenças condenatórias, executiva e mandamental. Nesse sentido, nem toda tutela sumária satisfativa, ou tutela que realiza um direito com base em cognição sumária, constituiria tutela antecipatória, pois nada impede, por exemplo, um provimento sumário mandamental no curso de uma ação declaratória.

Portanto, “além de o fato parecer verdade (verossimilhança da alegação), deve haver um conjunto probatório que corrobore a alegação e seja suficiente para formar um convencimento mais robusto” (NEVES, 2010). Isso porque, “no caso de risco de lesão, a tutela antecipatória funda-se na probabilidade da existência do direito e no fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação” (MARINONI, 2008, p. 41). Nesse sentido:

A tutela antecipatória permite que sejam realizadas antecipadamente as consequências concretas da sentença de mérito. Essas consequências concretas podem ser identificadas com os efeitos externos da sentença, ou seja, com aqueles efeitos que operam fora do processo e no âmbito das relações de direito material (MARINONI, 2008, p. 42-43).

A inserção da tutela antecipada no sistema processual brasileiro se fez necessária

Não só pela razão de que a evolução da sociedade demonstrou que a demora do procedimento comum não era mais suportável e que por esta razão era necessária uma tutela satisfativa, mas especialmente pelo motivo de que a grande maioria dos doutrinadores e dos tribunais não admitiam que a tutela sumária satisfativa fosse prestada sob o manto protetor da ação cautelar inominada (MARINONI, 2008, p. 106).

Caso não houvesse o instituto em questão, “pouco se pode esperar do processo civil – ao menos como instrumento para adequada, efetiva e tempestiva proteção das situações substanciais” (MITIDIERO, 2011, p. 60).

Basicamente a tutela que aqui se aborda diferencia-se da medida cautelar porque tem cognição sumária, ou seja, é baseada em um juízo de aparência, enquanto a cautelar tem referibilidade, vinculando-se sempre a um direito (MARINONI, 2008, p. 107).

Pode-se dizer que o objetivo da tutela antecipada é:

Promover a igualdade substancial entre as partes. Trata-se de expediente que tem como objetivo distribuir o peso que o tempo representa no processo de acordo com a maior ou menor probabilidade de a posição jurídica afirmada pela parte ser fundada ou não. Quando o legislador instituiu a tutela antecipatória baseada em abuso de direito de defesa ou contra manifesto propósito protelatório do réu, seu objetivo estava em evitar que o demandante fosse prejudicado, e o demandado beneficiado em idêntica medida, pelo tempo do processo (MITIDIERO, 2011, p. 42).

Couto Junior ([20--], p. 3) leciona: “para qualquer hipótese de tutela antecipada [...] impõe a observância a dois pressupostos genéricos: a prova inequívoca e verossimilhança da alegação”. O mesmo autor entende que a prova inequívoca é aquela hábil a convencer o juiz, em um juízo sumário, de que a parte tem o direito que se pleiteia, não se admitindo erro a seu respeito, pois há que ser robusta amparando o fim que se pretende – a concessão antecipada da tutela (COUTO JUNIOR, [20--], p. 4-5). Por verossimilhança, o autor entende que “refere-se ao juízo de convencimento a ser feito em torno de todo o quadro fático invocado pela parte [...] principalmente, no relativo ao período de dano e sua irreparabilidade” (COUTO JUNIOR, [20--], p. 6).

Deste modo, conclui-se que “a tutela antecipada é decisão provisória (sumária e precária) que antecipa os efeitos da tutela definitiva (satisfativa ou não) - permite o seu gozo imediato” (DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2013, p. 519), de modo que “desde logo possibilita a imediata realização do direito” (MITIDIERO, 2011, p. 34).

3 A tutela cautelar

A real e efetiva prestação jurisdicional vem com o tempo tornando-se prioridade nos sistemas processuais, incluindo-se o adotado em nosso país, em que se buscam medidas e tutelas que possam voltar-se a isso (CORDEIRO, [20--], p. 4), em “rumo ao seu instrumentalismo substancial e à efetividade de sua aplicação” (CORDEIRO, [20--], p. 4), elevando a importância do processo cautelar, para que o instituto que ora se expõe possa corroborar na solução de possíveis contendas (CORDEIRO, [20--], p. 4).

Nos ensinamentos de SILVA (2001, p. 11), “cautela significa, antes de tudo, prevenção, do verbo cavere como lembra A.A Lopes da Costa, tomar cautela, acautelar-se, precaver-se”. E ainda:

O que deveria caracterizar a tutela cautelar – ao con-

trário do modo como a concebe a doutrina dominante – seria a circunstância de ser ela uma forma especial de proteção jurisdicional de simples segurança, equivalente a uma forma de tutela preventiva e não satisfativa do pressuposto e provável direito material ou processual a que se presta auxílio judicial (SILVA, 2001, p.3).

A tutela cautelar, diferentemente da tutela antecipatória, advém de uma decisão provisória, baseada em suma na fumaça no bom direito, denominada *fumus boni iuris*, e no *periculum in mora*, não transitando em julgado, mas autônoma perante o processo principal, mesmo que tenha relação com ele (WAMBIER; TALAMINI, 2014, p. 50).

Em tal instituto, portanto, “basta que o fato alegado pelo requerente pareça ser verdadeiro” (NEVES, 2010), de modo que

A efetividade da jurisdição, perseguida pelo processo cautelar, independe da procedência ou não do pedido aviado no processo principal, pois o que se persegue na tutela cautelar não se reflete no direito material retratado na demanda principal, uma vez que sua potencialidade traduz a proteção da operacionalidade integral da jurisdição. Vê-se, por conseguinte, que o processo cautelar possui uma finalidade bem definida, com vistas a garantir, além do resultado do processo, a própria existência, em sua complexidade (CORDEIRO, [20--], p. 2).

O *fumus boni iuris* diz respeito ao crível direito da parte, não se tendo total e pleno conhecimento dos fatos, não se podendo ter convicção daquilo que deve ser aplicado, de modo que, diferentemente da antecipação da tutela (em que se decide sobre o direito da parte), decide-se se o pleiteante tem direito ao que alega ter e, em tendo, deverá ser aplicada a tutela cautelar, pois, em não fazendo, o processo principal poderá ser ineficaz (WAMBIER; TALAMINI, 2014, p. 50).

O *periculum in mora*, segundo a doutrina, significa perigo na demora ou perigo de dano irreparável ou de difícil reparação, de modo que se aquilo não for concedido depois de nada adiantará, ou seja, será ineficaz (WAMBIER; TALAMINI, 2014, p. 51).

Além desses requisitos, Cordeiro ([20--], p. 5-7) elucida que no processo cautelar há também (i) a autonomia, haja vista que o procedimento por vezes é autônomo ao principal, que não se vincula ao resultado deste; (ii) a provisoriedade, que é quando o perigo que levou ao ajuizamento da demanda cessa e a medida também perde a razão de ser; (iii) a revogabilidade da medi-

da a qualquer tempo, não se vinculando ao direito material da parte do processo principal; (iv) a fungibilidade da tutela, ou seja, o juízo poderá conceder uma medida diferente daquela pleiteada diante das peculiaridades do caso em concreto; (v) a sumariedade no rito e na cognição.

A função da tutela cautelar é pontualmente instrumental, de modo que ela não tem função em si mesma, sendo um instrumento para proteger demais funções inerentes ao processo (SILVA, 2001, p. 68).

Em síntese, “a tutela cautelar é decisão definitiva (exauriente, malgrado com eficácia temporária) que garante os futuros efeitos da tutela definitiva satisfativa” (DIDIER JUNIOR, 2013, p. 519), de modo que a “função cautelar é atividade acessória, sempre ligada à outra finalidade principal (de conhecimento ou de execução)” (ARENHART, 2015, p. 206).

4 A tutela de evidência

Historicamente o instituto que ora se trata neste tópico liga-se à necessidade que surgiu de que os procedimentos dessem uma solução imediata e satisfativa ao problema que resultou a demanda judicial. Neste sentido, podem-se citar os chamados interditos romanos, que vieram a ser todo o suporte do que hoje se chama de tutela de evidência, já que “admitiam a expedição de ordens definitivas sem mais indagações sobre os fatos, exatamente porque evidenciado o direito do postulante” (FUX, 1996, p. 324).

O método difundiu-se, posteriormente, pelo Direito Europeu, tornando-se visível no Código de Zurique de 1887, no Código Civil Suíço de 1907 e no BGB Alemão. No Brasil houve a frustrada tentativa, em meados de 1894, através do Diploma 221, que levou à criação de interditos orientados por Rui Barbosa, que através da restrição da utilização do *habeas corpus* na Constituição de 1926 levou à criação do instituto do mandado de segurança na Carta de 1934, pois constava a expressão “certo e incontestável”, modificada pela Constituição de 1967 para “direito líquido e certo”, que fora mantida pela atual Constituição, no art. 5, LXIX (FUX, 1996, p. 325-328).

Assim sendo, pode-se entender a evidência como “aquelas pretensões deduzidas em juízo nas quais o direito da parte revela-se evidente, tal como o direito líquido e certo que autoriza a concessão do mandamus ou o direito documentado do exequente” (FUX, 1996, p. 305).

Consequentemente, a tutela de evidência é aquela por meio da qual os direitos mostram-se ao juiz com mais clareza do que

outros, já que a prova se faz mais facilitada, razão pela qual tem um tratamento diferente, como, por exemplo, a ação monitória (DIDIER JUNIOR et al., 2013, p. 422).

Faz-se imprescindível reconhecer a conceituação de evidência, isso porque assim se poderá entender se o direito que se demanda é evidente ou urgente (FUX, 1996, p. 311).

Sob o ângulo civil, o direito evidente é aquele que se projeta no âmbito do sujeito de direito que postula. Sob o prisma processual, é evidente o direito cuja prova dos fatos sobre os quais incide revela-os incontesteáveis ou menos impassíveis de contestação séria (FUX, 1996, p. 311).

Ao revés das tutelas de urgência, a tutela de evidência “vai muito mais além da verossimilhança, exigindo, apesar do paradoxo, a existência de ‘prova forte’” (SOUZA, 2014, p. 155). A justificativa está presente porque “a concessão de tutela de evidência representa a antecipação de forma definitiva do mérito do pedido principal, independentemente da comprovação de existência de dano irreparável ou de difícil reparação” (SOUZA, 2014, p. 157).

No CPC de 1973 não havia nenhuma menção expressa ao instituto em epígrafe, todavia a jurisprudência e a doutrina são unânimes ao afirmar que ele estava presente na legislação, especialmente através do art. 273, II (GAJARDONI et al., 2015).

Não diferenciar a tutela de urgência da tutela de evidência faz com que haja uma negativa na prestação da justiça, pois o autor viria a perder tempo considerável do processo (MORAIS, 2011, p. 9). A mesma autora elucida:

Ovídio A. Baptista da Silva ensinou que, se a tutela fosse evidente, não adiantaria oferecer a mesma proteção estatal dada à tutela de simples aparência, como a cautelar. O autor exemplifica com a ação de mandado de segurança. Ele afirma que, como o direito, nesta ação, é postulado com base em direito líquido e certo, o Estado deve dar uma resposta mais efetiva (MORAIS, 2011, p. 10).

Pode-se distinguir de maneira mais simplificada a tutela de evidência da tutela de urgência do seguinte modo: “Quando não se pode, de pronto, produzir uma prova documental, a situação é de aparência; por outro lado, quando for possível a referida prova, a tutela será de evidência” (MORAIS, 2011, p. 14). Quer dizer, na tutela de evidência, a prova é tão robusta e contundente, através dos documentos acostados nos autos, que não há ou-

tra medida a se impor, a não ser antecipar os direitos ora requeridos pela parte.

5 Os procedimentos do código de 1973 e do código de 2015

Com o advento da Lei nº 13.105/2015, promulgou-se o Novo Código de Processo Civil, que revogou, a partir de março de 2016, a Lei 5.869/1973, que por mais de 40 anos, com inúmeras emendas, foi o Código de Processo Civil do sistema brasileiro.

Em 1994 foi inserida no então vigente Código de Processo Civil a figura da tutela antecipada, que autorizou a antecipação da tutela no processo principal, dando maior celeridade e efetividade ao processo, isso porque até aquele momento da legislação existia tão somente a figura da cautelar, que, mesmo sendo inadequada à técnica, por anos supriu a tutela antecipada (DOTTI, 2015, p. 2). Deste modo:

A partir de 1994, nosso sistema passou a conviver com dois regimes distintos: de um lado, o da tutela cautelar (com os requisitos clássicos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*) e, de outro, o da tutela antecipada (baseada na verossimilhança da alegação e no fundado receio de dano ou no abuso do direito de defesa). Embora positiva, a mudança trouxe consigo dificuldades de distinção. Não raro, pleiteava-se tutela cautelar quando na verdade o que se pretendia era a satisfação imediata do direito e vice-versa (DOTTI, 2015, p. 3).

O desalinho foi tamanho que em meados de 2007 foi acrescentada à legislação a possibilidade de fungibilidade das tutelas de ofício pelo juízo, desde que presentes os requisitos legais.

Neste sentido, na Lei nº 13.105/2015:

A tutela de urgência contém em si características da medida cautelar e de uma das modalidades da antiga antecipação de tutela (necessidade de plausibilidade do direito e risco de dano irreparável ou de difícil reparação), conforme o caso concreto que se apresentar (NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 857).

Destarte, com a nova legislação, inúmeras foram as inovações no que tange às tutelas de urgência, dando lugar à unicidade dos procedimentos e disciplinando na letra da lei o instituto mencionado, que no CPC de 1973 dividia-se tão somente em tutela cautelar e tutela antecipada, o que visa sanar eventuais dúvidas ainda existentes sobre qual instituto se aplica ao caso em concreto.

5.1 Da tutela antecipada

No CPC/2015, a tutela antecipada traz características diferentes daquelas constantes no anterior diploma legal, isso porque ela poderá ser requerida de forma prévia no processo principal. Ou seja, o artigo 303 do novo CPC

Descreve a hipótese de medida antecipatória, visto que permite a descrição sucinta da lide e do direito que se quer resguardar, acrescidos da justificativa de existência de perigo na demora da prestação jurisdicional. Tudo isto em razão da urgência. Ao que parece, a medida temporal que justifica a utilização da tutela antecipada é a proximidade da propositura da petição inicial (NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 862).

Em sendo requerida primeiramente somente a antecipação da tutela e ela sendo concedida, deverá o autor, no prazo de 15 dias, aditar a inicial, complementando suas argumentações e documentos, com o intuito de que no final da demanda a tutela concedida seja confirmada. Nota-se, portanto, aí a primeira diferença entre os diplomas legais, já que no CPC de 1973 não havia essa possibilidade de requerer primeiramente a antecipação dos efeitos da tutela e depois complementar a inicial. Caso a inicial não seja complementada, o processo será extinto sem resolução do mérito.

Ressalta-se que, dependendo do caso em concreto, “é perfeitamente possível que o autor opte por elaborar o requerimento de tutela antecipada em conjunto com a petição inicial completa, que não necessita de aditamento posterior” (NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 862).

Assim, o réu será citado para a realização da audiência de conciliação ou mediação e, em não sendo feita a autocomposição, o prazo para contestar passa a fluir a partir da audiência.

Há a possibilidade ainda de o juízo rejeitar a tutela antecipada, como prevê o § 6 do art. 303 do CPC/2015, então,

Neste caso, deverá ser determinada a emenda da inicial em prazo muito reduzido de cinco dias (e sem a possibilidade de dilargamento do prazo pelo juiz). O não atendimento tem como consequências o indeferimento da inicial e a extinção do processo sem resolução do mérito (NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 632).

No CPC/1973, os requisitos para a concessão da tutela antecipada eram prova inequívoca, verossimilhança das alegações, dano irreparável ou de difícil reparação ou, ainda, abuso de direito da

outra parte. Com o CPC/2015, os requisitos são unificados com os da tutela cautelar e passam a ser a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, “ou seja, ainda que permaneça a distinção entre as tutelas, na prática os pressupostos serão iguais” (DOTTI, 2015, p. 2).

5.1.1 A estabilização da tutela antecipada

Um dos temas que vêm causando grande polêmica no CPC/2015 é a estabilização dos efeitos da tutela antecipada, prevista no art. 304:

Art. 304. A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

§ 1º No caso previsto no caput, o processo será extinto.

§ 2º Qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada nos termos do caput.

§ 3º A tutela antecipada conservará seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida na ação de que trata o § 2º.

§ 4º Qualquer das partes poderá requerer o desarquivamento dos autos em que foi concedida a medida, para instruir a petição inicial da ação a que se refere o § 2º, prevento o juízo em que a tutela antecipada foi concedida.

§ 5º O direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada, previsto no § 2º deste artigo, extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, nos termos do § 1º.

§ 6º A decisão que concede a tutela não fará coisa julgada, mas a estabilidade dos respectivos efeitos só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em ação ajuizada por uma das partes, nos termos do § 2º deste artigo.

É imprescindível se fazer a distinção entre a estabilidade, imutabilidade e a eficácia. A estabilidade diferencia-se da eficácia, já que estas não estão ligadas uma à outra, isso porque a tutela mesmo antes de se estabilizar tem plena eficácia, visto que ao contrário não teria qualquer sentido. A imutabilidade também não se confunde com a estabilidade, porque a estabilização da tutela não está ligada à coisa julgada, ou seja, tornar a decisão imutável, já que ainda a decisão poderá ser modificada por qualquer das partes nos termos da legislação, através da ação própria e mesmo que passado o prazo prescricional de 2 anos

previstos no NCPC para que seja ajuizada a demanda citada se fala em uma estabilidade qualificada e não em imutabilidade (SICA, 2015, p. 91-94).

A concepção trazida pelo novo *codex* vem “com a justificativa de uma maior efetividade da prestação jurisdicional” (MORAIS, 2011, p. 6), todavia, existem muitos questionamentos, entre eles se não haveria violação direta ao princípio do contraditório presente na Constituição, já que a decisão seria imutável e não haveria defesa para a outra parte (MORAIS, 2011, p. 6-7).

Portanto:

Se a tutela antecipada é concedida mas o réu a ela não se opõe, a decisão se estabiliza e autoriza desde logo a extinção do processo. Trata-se de medida inspirada no *référé provision* do direito francês, o qual permite que o processo se limite à tutela provisória. Segundo Roger Perrot, muitas vezes a causa se detém nessa fase, pois o réu, ciente de que não tem argumentos, nem sequer lhe dá continuidade. E aí lucram todos: o autor que teve o seu pleito atendido e a Justiça que evita um longo processo (DOTTI, 2015, p. 3).

Isto é:

Trata-se de técnica inspirada em dispositivos presentes nos ordenamentos processuais estrangeiros – em especial do francês e do italiano – e que vem há tempos sendo debatida pela doutrina brasileira, bem como cogitada em outros anteprojetos ou projetos de lei que não vingaram (SICA, 2015, p. 87).

A legislação é clara no sentido de que o réu – e qualquer uma das partes – poderá demandar contra a outra para rever, reformar ou invalidar a tutela que se estabilizou e conservará seus efeitos caso isso não seja feito, tendo tais medidas o prazo de dois anos.

A doutrina salienta que dois pontos merecem destaque:

A nova ação deverá ter o ônus probatório invertido (o ônus da prova deve permanecer com o autor originário, o qual agora será réu) e a estabilização poderá ser objeto de negociação entre as partes, conforme Enunciado nº 32 da Carta de Belo Horizonte (Fórum Permanente de Processualistas Cíveis): “Além da hipótese prevista no art. 304, é possível a estabilização expressamente negociada da tutela antecipada de urgência satisfativa antecedente” (DOTTI, 2015, p. 3).

Pode-se dizer que se tem como basilar finalidade, de modo eventual e facultado, tornar o que era cognição sumária em exauriente o conflito que ora se fez submetido ao estado-juiz, desde que o réu não tenha contra ela interposto medida recursal, razão pela qual “sumarizam-se, a um só tempo, a cognição e o procedimento” (SICA, 2015, p. 87).

Sica (2015, p. 87) elenca como condições cumulativas para a concessão e aplicação da estabilização: (i) o deferimento da tutela antecipada; (ii) que o autor tenha requerido, de forma expressa, que isso ocorra; (iii) que a decisão seja *inaldita altera parte*; (iv) que o réu, devidamente intimado, não tenha interposto recurso da decisão que concedeu a liminar.

O réu poderá apresentar em sua contestação, mesmo que não tenha recorrido da decisão que concedeu a antecipação dos efeitos da tutela, elementos suficientes que modifiquem a tutela que se estabilizou, “já que o sistema prevê expressamente que o juiz terá nova oportunidade para proferir provimento decisório, isto é, a extinção do processo ex vi do art. 304, § 1º” (SICA, 2015, p. 95).

Pode haver ainda – segundo a doutrina – a estabilização da tutela concedida parcialmente, já que o próprio Novo Código de Processo Civil prevê a possibilidade de o mérito também ser julgado parcialmente procedente, até porque se reduziria o litígio que se fundaria em cognição exauriente (SICA, 2015, p. 95).

O que não se tem dúvidas é que a estabilização da tutela demandará enorme esforço de todos os envolvidos para melhor compreensão, já que inúmeras são as hipóteses nos casos em concreto e em razão dessas peculiaridades caberá ao Judiciário suprir eventuais lacunas da legislação que entrará em vigor.

5.2 Da tutela cautelar

No novo Código de Processo Civil, as cautelares, que até então tinham livro específico e eram elencadas a partir do art. 796 do *codex* de 1973, numa tendência adotada pelo Direito Brasileiro, vista a expansão tida por essa medida, deixam de ter um livro, sendo tratadas dentro das tutelas de urgência, dando maior liberdade para o Judiciário brasileiro decidir sobre a questão (ALVIM, 201-), eliminando por sua vez as então chamadas cautelares nominadas.

Por essa nova perspectiva posta com a Lei nº 13.105/2015:

Não se confunde com a medida cautelar do CPC/1973. Aqui, a tutela cautelar é apenas aquela que visa assegurar o resultado do processo, como, por exemplo, no

caso em que a medida visa à realização de obras de conservação em coisa litigiosa ou judicialmente apreendida (NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 842).

O instituto da tutela cautelar, especificamente, está previsto no CPC/2015 a partir do art. 305. No novo CPC não há qualquer referência aos arts. 796, 797, 799, 805, 809, 812 a 834, 838, 840, 841, 843 a 845, 849, 850, 852 a 860, 862 a 865, 868, 869, 871, 877 a 899 do Código de Processo Civil de 1973 (DIDIER JUNIOR; PEIXOTO, 2015, p. 775-792).

Os requisitos para a concessão da tutela cautelar passam a ser a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, nos termos do art. 300 do novo CPC, não tendo mais que se falar em *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, havendo, portanto, uma unificação dos requisitos da cautelar com a antecipada.

A petição inicial, consoante o art. 305 do novo CPC, deverá indicar a lide e seu fundamento, através de uma breve e sumária exposição do direito que se pretende assegurar, demonstrando os requisitos supramencionados. Assim como havia na antiga legislação há ainda fungibilidade das tutelas, podendo o juiz observar o que prevê o art. 303 do novo CPC. Por conseguinte:

A norma explicita os requisitos específicos da petição inicial da tutela de urgência cautelar requerida antes da propositura da ação principal. Os requisitos genéricos, do CPC 319 e 320, também devem ser observados. Aplica-se à tutela cautelar o regime jurídico do indeferimento da petição inicial de conhecimento (CPC 330 e 331) e os requisitos do CPC 303. [...] Em seguida deverá fazer o pedido deduzindo a pretensão cautelar. Essa pretensão – expressão que tem como sinônimos lide, pedido e objeto – é a segurança e eficácia do resultado dos processos de conhecimento e de execução. A lide cautelar, neste caso, portanto, é distinta da lide principal, tal qual ocorria no CPC/1973 (NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 864-865).

O réu terá o prazo de cinco dias para contestar a ação e desde já indicar as provas que pretende produzir (art. 306 CPC/2015) e, mantendo a mesma sistemática do Código antecessor, aqueles pedidos que não forem contestados serão presumidos como verdadeiros (art. 307 CPC/2015). Contestado o pedido, anteriormente se designada a audiência para instrução do processo, agora, como prevê o art. 307, § único, será observado o procedimento comum.

A tutela cautelar deixa de ter um procedimento em apartado, não sendo mais necessário distribuir processo principal, tendo apenas que se ressaltar que “é inviável cumulação de pedido cautelar com outro que se enquadra no processo de conhecimento” (NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 865). Ao contrário, a nova legislação determina, em seu art. 308, que o pedido principal deverá ser formulado em 30 dias e apresentado no mesmo caderno processual, não sendo mais necessário o pagamento de novas custas processuais (BRASIL, 2015).

Art. 308. Efetivada a tutela cautelar, o pedido principal terá de ser formulado pelo autor no prazo de 30 (trinta) dias, caso em que será apresentado nos mesmos autos em que deduzido o pedido de tutela cautelar, não dependendo do adiantamento de novas custas processuais.

§ 1º O pedido principal pode ser formulado conjuntamente com o pedido de tutela cautelar.

§ 2º A causa de pedir poderá ser aditada no momento de formulação do pedido principal.

§ 3º Apresentado o pedido principal, as partes serão intimadas para a audiência de conciliação ou de mediação, na forma do art. 334, por seus advogados ou pessoalmente, sem necessidade de nova citação do réu.

§ 4º Não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335.

Destaca-se que se não aditada a cautelar, acrescentando o pedido principal, no prazo de 30 dias, que é decadencial, haverá a decadência também ao direito pleiteado na cautela, que é matéria de ordem pública e poderá ser reconhecida de ofício pelo juiz. Há que se distinguir que a decadência vai se operar quanto à tutela cautelar e não quanto ao pedido principal, já que este observará as normas previstas para o direito material, razão pela qual se o prazo de 30 dias não for cumprido poderá o requerente ajuizar a demanda principal (NERY JUNIOR; NERY, 2015. p. 866-867).

A nova legislação ainda estabelece, de forma taxativa, no art. 309 as hipóteses em que cessa a eficácia da tutela cautelar: i) o autor não deduzir o pedido principal no prazo legal; ii) não for efetivada dentro de 30 dias; e iii) o juiz julgar improcedente o pedido principal ou extinguir o feito sem resolução do mérito. Para melhor compreensão:

I: [...] Se a parte não intentar a ação no prazo estabelecido no CPC 308 (30 dias), a tutela cautelar antecedente perde sua eficácia

[...]

II: [...] o dispositivo se refere ao cumprimento da tutela cautelar concedida em caráter antecedente por parte do requerente, que deve tomar todas as providências necessárias para tanto, de modo que ela se consolide no prazo de um mês

III: [...] cessada a eficácia da liminar, é objetiva a responsabilidade do seu requerente pelos eventuais danos que a execução da medida tenha causado ao requerido.

Por fim, no que tange a tutela cautelar, o CPC/2015 prevê no art. 310 que o “indeferimento da tutela cautelar não obsta a que a parte formule o pedido principal, nem influi no julgamento desse, salvo se o motivo do indeferimento for o reconhecimento de decadência ou de prescrição”. Logo, a cautelar não se vincula ao processo principal, salvo se houver as hipóteses descritas.

Conclusão

Diante do exposto infere-se que com a nova legislação houve notória simplificação dos procedimentos até então adotados, já que os requisitos tanto para a concessão da tutela antecipatória quanto para a cautelar passam a ser os mesmos, diferenciando-se tão somente na aplicação e na distinção de cada instituto.

Nesse mesmo sentido – da simplificação – nota-se que não existem mais os procedimentos específicos das cautelares, o que pode levar tanto as partes da demanda quanto o Judiciário a maior discricionariedade em relação à aplicabilidade.

Outrossim, nota-se que poderá haver maior celeridade processual quanto à decisão de concessão ou não da medida de urgência requerida, isso porque na antecipada o pedido poderá ser requerido antes do principal, ante a urgência que pode se impor diante do caso em concreto, devendo-se observar a legislação para o devido prosseguimento do feito.

Outro aspecto relevante é que as custas processuais na cautelar serão únicas, ou seja, já que o processo não será mais autônomo ao principal (o que sem dúvidas tornará o processo mais sincrético), não mais se fará necessário (e nem possível) que novas custas sejam recolhidas, atendendo a ordem constitucional da economia processual.

Ainda, há a tutela antecipada que poderá se estabilizar (por tempo indeterminando, mas não fazendo coisa julgada) caso o réu não recorra da decisão que a concedeu, o que se mostra uma das maiores mudanças da legislação e que causará mais polêmica em sua aplicabilidade prática.

Pode-se dizer, deste modo, que os objetivos do novo CPC, no que tangem às tutelas de urgência, é dar aplicabilidade efetiva aos princípios da economia e celeridade processual, o que se mostra possível, desde que haja uma conscientização sobre a real necessidade/possibilidade de formular pedidos que envolvam a tutela de urgência e não mais pedidos vazios, baseados em especulações e sem as condições probatórias necessárias.

Referências

- ALVIM, Escritório Arruda. **Notas sobre o Projeto de Novo Código de Processo Civil**. [201-]. Disponível em: <<http://www.arrudaalvimadvogados.com.br/visualizar-artigo.php?artigo=2&data=14/03/2011&titulo=notas-sobre-o-projeto-de-novo-codigo-de-processo-civil>>. Acesso em: 15 out. 2015.
- ARENHART, Sergio Cruz. Tutelas sumárias, tutelas de urgência e o pensamento de Alcides Munhoz da Cunha. **Revista de processo**, São Paulo, n. 241, p. 205-217, 2015.
- BRASIL. Lei nº 13.105/2015: Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 15 out. 2015.
- CORDEIRO, Carlos José. **Cognição no processo cautelar**. [20--]. Disponível em: <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/civil/124.htm>>. Acesso em: 1 out. 2015.
- COUTOR JUNIOR, Antonio Joaquim de Oliveira. **Tutela antecipada: conceito, requisitos e características**. [20--]. Disponível em: <<http://www.revistadir.mcampos.br/PRODUCAOCIENTIFICA/artigos/antoniojoaquimdeoliveiracoutorjunior.pdf>>. Acesso em: 2 out. 2015.
- DIDIER JUNIOR, Fredie. BRAGA, Paulo Sarno. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 8ª Edição. Salvador: Jus Podivm, 2013.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 11ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.
- DIDIER JUNIOR, Fredie et al. **Curso de Direito Processual Civil: execução**. 5ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2013.
- DIDIER JUNIOR, Fredie; PEIXOTO, Ravi. **Novo Código de Processo civil: comparativo com o código de 1973**. Salvador: JusPodivm, 2015.
- DOTTI, Rogéria. Tutela cautelar e tutela antecipada no CPC de 2015: unificação dos requisitos e simplificação do processo. **Cadernos jurídicos OAB PR: série especial novo CPC**. n. 57, p. 1-3, abr. 2015. Disponível em: <<http://admin.oabpr.org.br/imagens/caderno/artigos/120.pdf>>. Acesso em: 9 out. 2015.

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

GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. **Teoria Geral do Processo** - Comentários ao CPC de 2015 - Parte Geral. Cidade de Publicação: Mé-todo, 2015. VitalBook file.

HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. **Pro-cesso constitucional**: aspectos das decisões aditivas, urgência e oralidade. Curitiba: Juruá, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Ante-cipação da tutela**. 10^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MITIDIERO, Daniel. Tendências em matéria de tutela sumária: da tu-tela cautelar à técnica anteci-patória. **Revista de Processo**, v. 36, n. 197, p. 27-65, jul. 2011.

MORAIS, Maria Lucia Baptista. As tutelas de urgência e de evidência: especificidades e efeitos. **Revista da AGU**, v. 10, n. 29, p. 225-265, jul./set. 2011. Disponível em: <ahref="http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2011;1000988664">As tutelas de urgência e as evidên-cias: especificidades e efeitos =. Acesso em: 12 out. 2015.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil**: novo CPC – lei 13.105/2015. São Pau-lo: Revista dos tribunais, 2015. 2^a tiragem.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Tutela Antecipada e Tutela Cau-telar. In: ARMELIN, Donaldo. (Coord.). **Tutelas de urgência e**

cautelares: estudos em homena-gem a Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 313-332.

RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natasha. **Do Conceito de Tutela Provisó-ria no Novo Código de Proces-so Civil**. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/317-artigos-set-2015/7362-do-con-ceito-de-tutela-provisoria-no-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 26 out. 2015.

RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natasha. Tutela antecipada, tutela cautelar e tutela da evidência como espéci-es de tutela provisória no novo código de processo civil. **Revista Eletrônica de Direito Processu-al – REDP**, Periódico Semestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ, v. 15, jan.-jun. 2015, p. 268-298. Disponí-vel em: <http://www.e-publica-coes.uerj.br/ojs/index.php/redp/article/view/16873/12519>. Acesso em: 26 out. 2015.

RICARTE, Olivia. **Apontamentos acerca das tutelas de urgência**. [20--]. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10656> Acesso em: 9 out. 2015.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze Problemas e Onze Soluções Quan-to à Chamada “Estabilização da Tutela Antecipada”. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 55, p. 85-102, jan./mar. 2015. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/documents/112957/10133846/Web_Book_RMP_55.pdf>. Acesso em: 19 out. 2015.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Do processo cautelar**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SOUZA, Artur César de. Análise da tutela antecipada no Projeto da Câmara dos Deputados no novo CPC: tutela satisfativa urgente e de evidência - tutela cautelar primeira parte. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 39, n. 230, p. [127]-171, abr. 2014.

THEODORO JUNIOR, Humberto. As liminares e a tutela de urgência. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 17, 2002. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista17/revista17_24.pdf>. Acesso em: 9 out. 2015.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: processo cautelar e procedimentos especiais**. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

Transformação, incorporação, fusão e cisão de empresas - Aspectos societários e tributários

Antonio Vieira Sias

*Advogado da Centrais Elétricas Brasileiras - ELETROBRÁS
Especialista em Direito Tributário
Pós-graduado em Direito Tributário pela
Fundação Getúlio Vargas*

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar os principais aspectos tributários a serem observados na transformação, incorporação, fusão e cisão de empresas. Além dos aspectos societários envolvidos na reestruturação societária, tecemos considerações sobre os incentivos dados pelo Poder Público às empresas interessadas em fundirem-se, fusionarem-se ou incorporarem-se a outras empresas, bem como sobre os principais impostos incidentes nas respectivas operações. Foram também objeto do presente trabalho a Responsabilidade Empresarial dos Sucessores por débitos anteriores à sucessão e o posicionamento do Conselho de Contribuintes, atual Conselho Administrativo de Recursos, e o entendimento do Superior Tribunal de Justiça relativos à compensação de prejuízos pela empresa sucessora.

Palavras-chave: Operações societárias. Aspectos societários e tributários. Reestruturação de empresas. Impostos incidentes.

ABSTRACT

This study aims to analyze the main aspects of taxation to be observed in the transformation, merge and division of companies. Beyond the business aspects related to the corporate restructuring, we make also some observations about the incentives given by the Government to companies interested in merging with or being incorporated by other enterprises, as well as the main taxes charged as a result of those operations. The responsibility of the business successors for previous debts, the position of the Board of Taxpayers, the current Board of Appeals, and the understanding of the Superior Court of Justice in Brazil concerning about the business successor's compensation of losses, were also subjects included in this work.

Keywords: Business operations. Business and tax aspects. Corporate restructuring. Due taxes.

Introdução

Em decorrência da dinâmica da economia atual, como estratégia para atingir seus objetivos e tornarem-se competitivas, as empresas recorrem cada vez mais às operações de reestruturação societária. Aquisição de empresa, incorporação, fusão, cisão, transformação de tipo societário e aquisição do controle acionário são algumas das estratégias adotadas pelas empresas em face da crescente globalização.

Fusão, cisão, incorporação e transformação são fenômenos societários que normalmente ocorrem na vida das empresas. É nítido o interesse do Poder Público, até certo ponto, em que as empresas cresçam, se unam e se transformem em grandes empresas. Tanto isso é verdade que as incentiva e até as estimula. Só assim elas se tornam fortes e competitivas, capazes de atuar no mercado globalizado. Isso não significa dizer que deva ser adotada uma política avessa ao pequeno capital. Não, muito pelo contrário, as microempresas e as empresas de pequeno porte também devem ser incentivadas e estimuladas.

Nessa linha de raciocínio, a concessão de incentivos diretos ou indiretos sempre foi utilizada como instrumento de política de desenvolvimento. Acerca do tema, pontifica Baleeiro (1997, p. 65): “como regra geral, são recomendáveis as isenções de tributos que oneram o empreendimento em sua fase embrionária e de formação [...] momento em que mais necessitam de recursos”. Por essa ótica, a não incidência do ITBI, ICMS para incorporação ao capital de sociedade, pode ser vista como um instrumento de política fiscal.

O objetivo deste trabalho é fornecer aos diretores da empresa *holding* subsídios para uma tomada de decisão. Abordaremos as hipóteses de não incidência relacionadas ao ITBI, ICMS, a responsabilidade pelas multas e pelos tributos das empresas sucedidas pelas empresas sucessoras, a controvérsia existente em torno do limite para compensação do Imposto de Renda, a impossibilidade do aproveitamento do prejuízo fiscal da empresa incorporada pela empresa incorporadora e a reorganização das empresas como ferramenta de planejamento fiscal.

1 Aspectos societários

1.1 Protocolo de intenções

O protocolo de intenções é o instrumento prévio e indispensável à realização da incorporação, fusão ou cisão. As condições do ato negocial deverão constar do protocolo a ser firmado pelos órgãos de administração ou sócios das sociedades interessadas, conforme estabelece o art. 224 da Lei 6.404/76:

Art. 224. As condições da incorporação, fusão ou cisão com incorporação em sociedade existente constarão de protocolo firmado pelos órgãos de administração ou sócios das sociedades interessadas, que incluirá:

I - o número, espécie e classe das ações que serão atribuídas em substituição dos direitos de sócios que se extinguirão e os critérios utilizados para determinar as relações de substituição;

II - os elementos ativos e passivos que formarão cada parcela do patrimônio, no caso de cisão;

III - os critérios de avaliação do patrimônio líquido, a data a que será referida a avaliação, e o tratamento das variações patrimoniais posteriores;

IV - a solução a ser adotada quanto às ações ou quotas do capital de uma das sociedades possuídas por outra;

V - o valor do capital das sociedades a serem criadas ou do aumento ou redução do capital das sociedades que forem parte na operação;

VI - o projeto ou projetos de estatuto, ou de alterações estatutárias, que deverão ser aprovados para efetivar a operação;

VII - todas as demais condições a que estiver sujeita a operação. Parágrafo único. Os valores sujeitos a determinação serão indicados por estimativa.

Antes de abordarmos os aspectos tributários, vejamos, ainda que de forma sucinta, com base nos arts. 220, 227, 228 e 229 da mencionada lei, o conceito básico dessas modificações societárias, fundamentais à compreensão do tema, vez que há, até certo ponto, um entrelaçamento da matéria tributária com a societária.

1.2 Transformação

Transformação é a mudança da forma societária jurídica da empresa ou de um tipo societário em outro. Ocorre, por exemplo, quando uma sociedade por cotas de responsabilidade limi-

tada se transforma em sociedade anônima (esse é o exemplo mais típico). De um modo geral, a empresa permanece a mesma, mudam-se apenas as suas características, permanecendo íntegra a pessoa jurídica, o quadro de sócios, o patrimônio, os créditos e os débitos.

É a seguinte a definição da LSA:

Art. 220. A transformação é a operação pela qual a sociedade passa, independentemente de dissolução e liquidação, de um tipo para outro.

Parágrafo único. A transformação obedecerá aos preceitos que regulam a constituição e o registro do tipo a ser adotado pela sociedade.

1.3 Incorporação

A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

Nas lições de Romano Cristiano, procurador do Estado de São Paulo,

percebe-se que as partes, em tal operação, ocupam posições desiguais, eis que há, de um lado, a sociedade dita “incorporadora” que continuará existindo, via de regra fortalecida, e, de outro, a sociedade ou sociedades ditas “incorporadas” que transferem seus direitos e obrigações à incorporadora, desaparecendo do mundo jurídico (CRISTIANO, 1986, p. 1011).

Conforme a LSA:

Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

§ 1º A assembleia-geral da companhia incorporadora, se aprovar o protocolo da operação, deverá autorizar o aumento de capital a ser subscrito e realizado pela incorporadora mediante versão do seu patrimônio líquido, e nomear os peritos que o avaliarão.

§ 2º A sociedade que houver de ser incorporada, se aprovar o protocolo da operação, autorizará seus administradores a praticarem os atos necessários à incorporação, inclusive a subscrição do aumento de capital da incorporadora.

§ 3º Aprovados pela assembleia-geral da incorporadora o laudo de avaliação e a incorporação, extingue-se a incorporada, competindo à primeira promover o arquivamento e a publicação dos atos da incorporação.

1.4 Fusão

A fusão é assim definida na LSA:

Art. 228. A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações. § 1º A assembléia-geral de cada companhia, se aprovar o protocolo de fusão, deverá nomear os peritos que avaliarão os patrimônios líquidos das demais sociedades.

§ 2º Apresentados os laudos, os administradores convocarão os sócios ou acionistas das sociedades para uma assembléia-geral, que deles tomará conhecimento e resolverá sobre a constituição definitiva da nova sociedade, vedado aos sócios ou acionistas votar o laudo de avaliação do patrimônio líquido da sociedade de que fazem parte.

§ 3º Constituída a nova companhia, incumbirá aos primeiros administradores promover o arquivamento e a publicação dos atos da fusão.

Quanto à fusão, Cristiano (1986, p. 1011) ensina que “as partes em tal operação ocupam posições iguais. Todas as sociedades desaparecem do mundo jurídico, surgindo, em seu lugar, sociedade nova, com todos os direitos e as obrigações das sociedades desaparecidas”.

1.5 Cisão

A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.

Ainda segundo Cristiano (1986, p. 1011), se a cisão for parcial, “uma ou mais sociedades assumem parte do patrimônio da sociedade cindida, a qual continua existindo, com capital menor”. Se a cisão for total, “duas ou mais sociedades assumem o patrimônio inteiro da sociedade cindida, a qual, em consequência, não pode sobreviver e se extingue”.

De acordo com a LSA:

Art. 229. A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.

§ 1º Sem prejuízo do disposto no artigo 233, a sociedade que absorver parcela do patrimônio da companhia cindida sucede a esta nos direitos e obrigações relacionados no ato da cisão; no caso de cisão com extinção, as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio da companhia cindida sucederão a esta, na proporção dos patrimônios líquidos transferidos, nos direitos e obrigações não relacionados.

§ 2º Na cisão com versão de parcela do patrimônio em sociedade nova, a operação será deliberada pela assembléia-geral da companhia à vista de justificção que incluirá as informações de que tratam os números do artigo 224; a assembléia, se a aprovar, nomeará os peritos que avaliarão a parcela do patrimônio a ser transferida, e funcionará como assembléia de constituição da nova companhia.

§ 3º A cisão com versão de parcela de patrimônio em sociedade já existente obedecerá às disposições sobre incorporação (artigo 227).

§ 4º Efetivada a cisão com extinção da companhia cindida, caberá aos administradores das sociedades que tiverem absorvido parcelas do seu patrimônio promover o arquivamento e publicação dos atos da operação; na cisão com versão parcial do patrimônio, esse dever caberá aos administradores da companhia cindida e da que absorver parcela do seu patrimônio.

§ 5º As ações integralizadas com parcelas de patrimônio da companhia cindida serão atribuídas a seus titulares, em substituição às extintas, na proporção das que possuíam; a atribuição em proporção diferente requer aprovação de todos os titulares, inclusive das ações sem direito a voto. (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

2 Aspectos tributários

Conforme vimos, o incentivo dado pelo Poder Público consiste em dispensar do pagamento dos impostos incidentes na transferência do patrimônio as empresas interessadas em fundirem-se, fusionarem-se ou incorporarem-se a outras empresas, conforme veremos a seguir:

2.1 Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis – ITBI

O Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) tem como fato gerador a transmissão entre vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de: a) bens imóveis, por natureza ou acessão física; b) direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia; e c) cessão de direitos relativos à sua aquisição.

Consoante estabelece o art. 156, § 2º, I, da Constituição Federal, o ITBI não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.

CRFB/88 *in verbis*:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

.....

II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

[...]

§ 2º - O imposto previsto no inciso II:

I - não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.

Assim sendo, o ITBI não incidirá sobre a transmissão dos imóveis porventura existentes no ativo permanente das empresas incorporadas, fusionadas ou cindidas.

No Município do Rio de Janeiro, a Lei nº 1.364, de 19 de dezembro de 1988, reproduz as mesmas disposições constitucionais recém-transcritas.

2.2 Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN

Tendo em vista que não se vislumbra nos objetos sociais das empresas envolvidas na reestruturação qualquer atividade sujeita à incidência do ISS, deixamos de tecer maiores comentários.

Além disso, a reorganização societária que resulte em fusão, incorporação, cisão não tem nenhum reflexo, do ponto de vista jurídico, quanto ao fato gerador do ISS, previsto na legislação tributária.

2.3 Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços – ICMS

As operações relativas à circulação de mercadorias de um para outro estabelecimento, ainda que da mesma empresa, estão, via de regra, sujeitas à incidência do ICMS. Entretanto, conforme determina o art. 3º, inciso VI, da Lei Complementar nº 87/96, o imposto não incide sobre operações de qualquer natureza de que decorra a transferência de propriedade de estabelecimento industrial, comercial ou de outra espécie.

Tem a seguinte dicção o citado dispositivo da LC 87/96:

Art. 3º O imposto não incide sobre:

[...]

VI - operações de qualquer natureza de que decorra a transferência de propriedade de estabelecimento industrial, comercial ou de outra espécie.

Complementando o recém-exposto, o art. 40, inciso VII, da Lei nº 2.657/96 do Estado do Rio de Janeiro, também conhecida como Lei Básica do ICMS, dispõe que o imposto não incide com mercadoria na saída para estabelecimento localizado neste Estado ou na transmissão da sua propriedade decorrente da transferência de estoque de uma sociedade para outra em virtude de: a) transformação, fusão, cisão ou incorporação; e b) aquisição do estabelecimento.

Nesse sentido, preceitua o art. 40, VII, da mencionada lei:

Art. 40. O imposto não incide sobre prestação de serviço intermunicipal de transporte rodoviário de passageiros e o transporte fornecido pelo empregador com ou sem ônus para funcionários e/ou empregados e, ainda, sobre operação e prestação:

[...]

VII - com mercadoria, na saída para estabelecimento localizado neste Estado ou na transmissão de sua propriedade, decorrente da transferência de estoque de uma sociedade para outra, em virtude de:

a) transformação, fusão, cisão ou incorporação; e
b) aquisição do estabelecimento.

A matéria não suscita grandes controvérsias e a jurisprudência do Conselho de Contribuintes do Estado do Rio de Janeiro é pacífica sobre o assunto. Senão, vejamos:

IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS. CISÃO DE SOCIEDADE - ESTOQUE. Transfe-

rência do estoque de uma sociedade para outra em virtude de cisão, constitui hipótese de não incidência do imposto – Lei n. 1423/89, Art. 40, inciso VI. Recurso nº 15.739, Acórdão 3.930, Primeira Câmara. Relator: Conselheiro Mário Cezar Franco.¹

Como se observa, a lei mencionada somente se refere à mercadoria constante do estoque, silenciando-se quanto a máquinas e equipamentos integrantes do ativo imobilizado e utilizado nas atividades operacionais da empresa.

Conclui-se, quanto ao ativo imobilizado, que ele está fora do campo de incidência do imposto, por não se tratar de mercadoria, mas sim de bens destinados à exploração do estabelecimento. Se as mercadorias constantes do estoque, que normalmente são tributadas, estão fora do campo de incidência do imposto, muito mais razão teria o legislador para não tributar o bem do ativo que não é mercadoria.

2.3.1 Obrigação acessória. Dispensa de emissão de nota fiscal

Neste ponto, cabe destacar que não há necessidade de emissão de nota fiscal, se as mercadorias permanecerem no mesmo local. Destaca-se, nesse sentido, seguinte decisão do Pleno do Conselho de Contribuintes do Estado do Rio de Janeiro:

ICMS – NOTA FISCAL – EMISSÃO DISPENSÁVEL Na incorporação de todo estabelecimento (instalações e mercadorias) que permanece no mesmo local, apenas mudando de firma por via de sua incorporação como entrada de capital em outra empresa, que continua a exploração do negócio, não ocorrem saídas de mercadorias nem situações outras que, pelo Regulamento do ICMS, se qualifiquem de operações exigindo emissão de nota fiscal; pelo que torna-se dispensável a emissão desse documento, por ausência de finalidade. (Recursos 12.305 e 12554 – Proc. 04/208.324/88 e 04/208.372/88 – Acórdão 2617 e 2618 – DOERJ 14.04.93, Pág. 15)

Anote-se que se houver movimentação física de mercadorias e equipamentos, a empresa deverá emitir nota fiscal e nela constará a seguinte expressão: “Não incidência do ICMS nos termos do art. 40, VII, da Lei nº 2.657/96”.

¹ O art. 40, inciso VI, citado corresponde ao atual art. 40, inciso VII, da Lei nº 2.657/96.

2.3.2 Crédito acumulado do ICMS e saldo credor existentes na escrita fiscal

O crédito acumulado do ICMS e o saldo credor porventura existente na escrita fiscal do contribuinte serão usufruídos normalmente pela empresa sucessora. Não há na legislação tributária do Estado do Rio de Janeiro, tampouco na Lei Complementar 87/96, qualquer disposição em sentido contrário.

Os livros e os documentos fiscais permanecem os mesmos, não sendo necessária a confecção de novos. Basta que a empresa sucessora compareça à repartição fiscal e formalize a transferência deles, conforme preceitua o RICMS/RJ, aprovado pelo Decreto nº 27.427, de 17 de novembro de 2000.

Com efeito, dispõe o art. 81 do RICMS/RJ:

Art. 81. Nos casos de fusão, cisão, incorporação, transformação ou aquisição, bem como nos casos de transmissão a herdeiro ou legatário, o novo titular do estabelecimento deverá transferir para o seu nome, por intermédio da repartição fiscal competente, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da ocorrência, os livros fiscais em uso, assumindo a responsabilidade por sua guarda, conservação e exibição ao Fisco.

§ 1º Nas hipóteses deste artigo, será permitida a utilização dos documentos fiscais remanescentes, mediante a aposição de carimbo com o novo nome comercial (firma, razão social ou denominação) ou o novo endereço, conforme o caso.

§ 2º O novo titular assumirá, também, a responsabilidade pela guarda, conservação e exibição ao Fisco dos livros fiscais já encerrados pertencentes ao estabelecimento.

§ 3º Nas hipóteses deste artigo, a critério da repartição fiscal de circunscrição, pode ser autorizada a adoção de livros novos em substituição aos anteriormente em uso.

2.4 Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI

Como regra geral, o fato gerador do imposto sobre produtos industrializados (IPI) é: a) quanto aos produtos importados do exterior, o respectivo desembaraço aduaneiro; e b) quanto aos produtos nacionais, a saída do produto do respectivo estabelecimento industrial ou equiparado a industrial.

O assunto é tratado na Lei nº 4.502/64, bem como no Regulamento do IPI, aprovado pelo Decreto nº 7.212/2010, nos seguintes termos:

Art. 2º Constitui fato gerador do imposto:

I - quanto aos produtos de procedência estrangeira, o respectivo desembaraço aduaneiro;

II - quanto aos de produção nacional, a saída do respectivo estabelecimento produtor.

Se não ocorrer saída real dos produtos para outro local, não ocorrerá fato gerador e, por consequência, não há o que se falar em pagamento do IPI. Nesse sentido, através do Parecer Normativo CST nº 24/70, ficou decidido que a transferência sob a forma de capital, bens do ativo imobilizado, produtos acabados e matérias-primas não constitui fato gerador da obrigação tributária.

Cabe aqui registrar que os pareceres normativos são considerados normas complementares da legislação tributária, em conformidade com o disposto no inciso I, do art. 100 do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172, de 25.10.66).

2.5 Imposto de Renda

Conforme dispõe o art. 43 do CTN, o fato gerador do Imposto de Renda é a aquisição de disponibilidade econômica ou jurídica (acréscimo patrimonial). Esse acréscimo patrimonial é aferido em um determinado período de apuração levando-se em conta o lucro líquido ajustado. O RIR/94 (Decreto nº 1.041/94 - art. 503) permitia ao contribuinte compensar o prejuízo apurado em um determinado período-base, com o lucro real determinado nos quatro anos subsequentes. Essa sistemática de apuração não está mais em vigor.

Atualmente, conforme veremos a seguir, há um limite para a compensação no mesmo período-base ou exercício. Quanto ao saldo restante, existe expressa previsão para que ele seja compensado nos anos subsequentes.

2.5.1 Compensação de prejuízos fiscais – limite de 30% (trinta por cento)

De modo geral, com a entrada em vigor das Leis 8.981/95 e 9.065/95, a compensação de prejuízos fiscais ficou limitada a 30% do lucro líquido ajustado pelas adições e exclusões previstas na legislação do Imposto de Renda.

Nesse sentido, preceitua os arts. 42 e 58 da Lei 8.981/95:

Art. 42. A partir de 1º de janeiro de 1995, para efeito de determinar o lucro real, o lucro líquido ajustado pelas adições e exclusões previstas ou autorizadas pela

legislação do Imposto de Renda, poderá ser reduzido em, no máximo, trinta por cento. (Vide Lei nº 9.065, de 1995)

Parágrafo único. A parcela dos prejuízos fiscais apurados até 31 de dezembro de 1994, não compensada em razão do disposto no caput deste artigo poderá ser utilizada nos anos-calendário subsequentes.

[...]

Art. 58. Para efeito de determinação da base de cálculo da contribuição social sobre o lucro, o lucro líquido ajustado poderá ser reduzido por compensação da base de cálculo negativa, apurada em períodos-base anteriores em, no máximo, trinta por cento. (Vide Lei nº 9.065, de 1995)

Alguns contribuintes que se insurgiram contra essa sistemática de apuração sustentam a ilegalidade do limite estabelecido na lei, vez que a limitação imposta altera o conceito de renda estabelecido no CTN.

Analisando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, verifica-se que as decisões dessa Corte caminham no sentido contrário à tese dos contribuintes. Importa trazer à baila a seguinte decisão proferida pela Min. Eliana Calmon, por ocasião do julgamento do REsp 154.175:

TRIBUTÁRIO. DEDUÇÃO DOS PREJUÍZOS FISCAIS. LIMITAÇÃO DA LEI 8.981/95. LEGALIDADE. 1. A limitação estabelecida na Lei nº 8.981/1995, para dedução de prejuízos fiscais das empresas, não alterou o conceito de lucro ou renda, porque não se imiscuiu nos resultados da atividade empresarial. 2. O art. 52 da Lei nº 8.981/1995 diferiu a dedução para exercícios futuros, de forma escalonada, começando pelo percentual de 30% (trinta por cento), sem afrontar o art. 43 e 110 do CTN. 3. A legalidade do diferimento não atingiu o direito adquirido a uma dedução de uma vez. O direito ostentado era quanto a dedução integral. 4. Recurso Especial provido e conhecido. (Resp nº 154.175 – CE. STJ, 2ª Turma, Rel. Minª Eliana Calmon. DJ 26.06.00)

Em relação à limitação imposta, anota Paulsen (2006, p. da citação?) que “o STF já reconheceu a constitucionalidade da Lei 8.981/95, embora a questão permaneça controvertida”.

Leia-se a ementa do acórdão relatado pelo Ministro Ilmar Galvão:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 812, DE 31.12.94, CONVERTIDA NA LEI Nº 8.981/95. ARTIGOS 42 E 58, QUE REDUZIRAM A 30% A PARCELA DOS PREJUÍZOS

SOCIAIS APURADOS EM EXERCÍCIOS ANTERIORES, A SER DEDUZIDA DO LUCRO REAL, PARA APURAÇÃO DOS TRIBUTOS EM REFERÊNCIA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO DIREITO ADQUIRIDO E DA ANTERIORIDADE E AOS ARTS. 148 E 150, IV, DA CF. Diploma normativo que foi editado em 31.12.94, a tempo, portanto, de incidir sobre o resultado do exercício financeiro encerrado, ante a não comprovação de haver o Diário Oficial sido distribuído no sábado, depois das dezenove horas, o que teria impedido a publicação, no mesmo dia, do referido diploma normativo. Descabimento da alegação de ofensa aos dispositivos constitucionais invocados. O mesmo é dizer-se relativamente ao princípio da anterioridade, salvo no que concerne à contribuição social, circunscrita que se acha à anterioridade nonagesimal prevista no art. 195, § 6º da CF, dispositivo que, todavia, não foi apontado como ofendido. Ausência, em nosso sistema jurídico, notadamente ao regime dos tributos, que se acham sujeitos à lei vigente à data do respectivo fato gerador. Recurso não conhecido. (STF, Primeira Turma, RE 247.633/RS, Rel. Min. Ilmar Galvão. j. 08/08/00. DJ 01/12/00).²

Em verdade, ao julgar o mérito da lide, a Suprema Corte, esclarecem Catão et al. (2010, p. 22),

não enfrentou a questão da distorção do fato gerador do tributo, atendo-se apenas se houve respeito aos princípios da anterioridade e irretroatividade, uma vez que, como o diploma representava aumento de carga tributária para o contribuinte, sua eficácia estaria condicionada à observância de tais princípios.

2.5.2 Empresa incorporadora – Vedação de compensação de Prejuízos Fiscais e Bases Negativas da CSLL

O Regulamento do Imposto de Renda determina que a pessoa jurídica sucessora por fusão ou cisão não poderá compensar o prejuízo fiscal e a base de cálculo negativa da empresa sucedida. Todavia, no caso de cisão parcial, a pessoa jurídica cindida poderá compensar seus próprios prejuízos, proporcionalmente à parcela remanescente.

Vejamos a seguir o que dispõe o art. 514 do RIR:

² Acórdãos no mesmo sentido: STF, Primeira Turma, RE 257.640/RS, Rel. Min. Ilmar Galvão. j. 04/04/00. DJ 26/05/00; STF, Primeira Turma, RE 256.273/MG, Rel. Min. Ilmar Galvão. j. 04/0/00. DJ 16/06/00; STF, Primeira Turma, RE 245.883/PR, Rel. Min. Ilmar Galvão. j.04/04/00. DJ 30/06/00; STF, Primeira Turma, RE 226.451/PE, Rel. Min. Moreira Alves. j. 16/05/00. DJ 25/08/00.

Art. 514. A pessoa jurídica sucessora por incorporação, fusão ou cisão não poderá compensar prejuízos fiscais da sucedida (Decreto-Lei nº 2.341, de 1987, art. 33).
Parágrafo único. No caso de cisão parcial, a pessoa jurídica cindida poderá compensar os seus próprios prejuízos, proporcionalmente à parcela remanescente do patrimônio líquido (Decreto-Lei nº 2.341, de 1987, art. 33, parágrafo único).

Em outras palavras, atualmente é expressamente vedado à pessoa jurídica sucessora por incorporação, fusão ou cisão compensar os prejuízos fiscais e as bases de cálculos negativas da CSLL da sucedida.

2.5.2.1 Empresa cindida parcialmente. Compensação do prejuízo. Limite a ser observado

Conforme disposto no parágrafo único do art. 514 do RIR, em caso de cisão parcial a empresa cindida poderá compensar os seus próprios prejuízos fiscais com o lucro real do período de apuração e dos períodos subsequentes, proporcionalmente à parcela remanescente do patrimônio líquido, desde que observado o limite de 30% (trinta por cento) do lucro líquido, depois de ajustado pelas adições e exclusões previstas ou autorizadas pela legislação do imposto de renda (VICECONTI, 2009, p. 515).

2.5.3 Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça quanto à compensação dos prejuízos pela empresa sucessora

A vedação expressa à compensação, pela empresa sucessora, dos prejuízos fiscais e base de cálculo negativa apurados pela empresa sucedida foi objeto de questionamento junto ao Superior Tribunal de Justiça.

Alegam os contribuintes que a limitação ofende o art. 1º, IX, do Decreto-Lei nº 1.730D 79³, vez que não houve revogação expressa do direito à compensação dos prejuízos da empresa in-

³ Art. 1º, IX, § 5º, do DL nº 1.730D 79:

“Art. 1º - São procedidas as seguintes alterações no Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977:

[...]

IX – são revogados os §§ 6º e 8º do artigo 64, renumerado como § 6º o atual § 7º e passando o § 5º a vigorar com a seguinte redação:

§ 5º - O Conselho Monetário Nacional pode autorizar a compensação do prejuízo de uma pessoa jurídica com o lucro real de outra, do mesmo grupo ou sob controle comum, quando a medida atender a interesses de segurança e fortalecimento da empresa nacional”.

corporada, bem como do art. 64, § 5º, do DL nº 1.598D 77⁴, o qual previa o direito da incorporadora de suceder a incorporada no direito desta de compensar seus prejuízos.

A seguir, decisão que reflete o posicionamento atual do STJ sobre o assunto:

TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. LUCRO DE EMPRESA INCORPORADA A SER COMPENSADO COM PREJUÍZO DA EMPRESA INCORPORADORA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. REVOGAÇÃO DO DECRETO-LEI Nº 1.598/77 PELO DECRETO-LEI Nº 1.730/79 (ART. 1º, IX, § 5º). PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. PRECEDENTES. 1. A empresa incorporadora não pode compensar prejuízos apurados em determinado exercício com lucros obtidos por empresa incorporada, para fins de imposto de renda, por ausência de previsão legal. 2. O art. 64, § 5º, do DL nº 1.598/77, foi expressamente revogado pelo art. 1º, IX, § 5º, do DL nº 1.730/79, inviabilizando-se a compensação pretendida. 3. O silêncio da lei sobre determinada situação não gera direitos para as partes que compõem a relação jurídico-tributária. 4. O resultado de cada pessoa jurídica - incorporada e incorporadora - deve ser considerado separadamente, respeitado, sempre, o momento da ocorrência do fato gerador. 5. A homenagem ao princípio da legalidade tributária exige expressa disposição na lei da conduta a ser praticada pelo ente tributante e pelo contribuinte. 6. Compensação não permitida. Precedentes da Primeira Turma: Resp's nºs 382585/RS e 54348/RJ. 7. Recurso não provido. (REsp. nº 435.306 - SP (2002/0061941-4) certificado - DJ: 12/05/2003).

2.5.4 Empresa incorporada - inaplicabilidade do limite de 30% (trinta por cento) na compensação limite e jurisprudência do Conselho de Contribuintes

O Conselho de Contribuintes firmou posicionamento no sentido de que o limite de 30% (trinta por cento) na compensação de prejuízos, previsto na Lei nº 8.991 de 1995, não se aplica à empresa incorporada. Assim, tendo em vista que a legislação tributária proíbe a transferência de saldos negativos para a em-

⁴ Art. 64, § 5º, do DL nº 1.598D 77:

“Art. 64 – A pessoa jurídica poderá compensar o prejuízo apurado em um período-base com o lucro real determinado nos quatro períodos-base subsequentes.

[...]

§ 5º - a sociedade resultante da fusão e a que incorporar outra sucedem as sociedades extintas no seu direito a compensar prejuízos no prazo previsto neste artigo”.

presa incorporadora, por conseguinte, no balanço de encerramento da empresa incorporada, a compensação poderá ser feita de forma integral.

Nesse passo, por diversas vezes o referido Conselho se pronunciou sobre o assunto. *In verbis*:

LIMITAÇÃO DE 30% NA COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZOS. INCORPORAÇÃO. DECLARAÇÃO FINAL DA INCORPORADA. INAPLICABILIDADE. No caso de compensação de prejuízos fiscais na última declaração de rendimentos da incorporada, não se aplica a norma de limitação a 30% do lucro líquido ajustado. Recurso provido. (1º Conselho de Contribuintes, 8ª Câmara – Acórdão 108-06.682 em 20.09.2001 – DOU de 28.02.2002).

Em igual sentido:

COMPENSAÇÃO DE PREJUÍZO. LIMITE DE 30%. EMPRESA INCORPORADA. À empresa extinta por incorporação não se aplica o limite de 30% do lucro líquido na compensação do prejuízo fiscal. Recurso parcialmente provido. (1º Conselho de Contribuintes, 8ª Câmara – Acórdão 108-07.456 em 02.07.2003 – DOU 24.09.2003).

Segundo Martins (2009), corretíssimo é o entendimento do Conselho de Contribuintes a esse respeito: em havendo lucro, pode a empresa incorporada compensar a totalidade de seus prejuízos e não apenas dos 30% (trinta por cento) a que faz menção o artigo 15 da Lei nº 9.065/95.

Sustenta o Professor que a “trava” dos 30% só foi colocada pela Lei nº 9.065/95 para as empresas em funcionamento, senão vejamos:

Em nenhum momento, todavia, a lei fiscal (art. 250, § 3º do RIR) proíbe -para as empresas em extinção- o aproveitamento integral do prejuízo de 30% até porque se o fizesse estaria maculando os artigos 43 e 44 do CTN, tornando um “não acréscimo patrimonial” (a parcela de lucro não compensável do prejuízo existente) tributado pelo imposto de renda, em montante, portanto, não real. A interpretação sistemática dos dispositivos, única realmente possível no exame do direito mais abrangente, demonstra, pois, que: a) as empresas em funcionamento podem sempre aproveitar os prejuízos de períodos anteriores distendidos no tempo, à razão de 30%; b) as empresas incorporadoras não podem aproveitar os prejuízos das empresas incorporadas extintas, pois só estas

poderiam aproveitar o prejuízo, visto que o que extinto está não pode gerar elemento redutor em outra empresa no que concerne a seus lucros próprios; c) as empresas em extinção podem aproveitar a totalidade do prejuízo dos períodos anteriores, se tiverem lucro, pois do contrário jamais poderiam-no [sic] aproveitar, o que violaria os artigos 43 e 44 do CTN; d) a trava dos 30% só foi colocada pela lei 9.065/95 para as empresas em funcionamento e; e) para as empresas em extinção permanece a possibilidade de aproveitamento integral, em havendo lucro (MARTINS, 2009).

3 Incorporação invertida ou às avessas – posição do Conselho de Contribuintes

A regra geral é que a empresa lucrativa incorpore a deficitária. Na incorporação invertida, ocorre exatamente o contrário: é a empresa deficitária quem incorpora a superavitária. Não existe, na legislação, proibição expressa quanto a esse tipo de reorganização societária. Nesse sentido já se pronunciou o Conselho de Contribuintes, hoje Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), admitindo a possibilidade de incorporação às avessas, desde que não haja simulação:

INCORPORAÇÃO ÀS AVESSAS - GLOSA DE PREJUÍZOS. IMPROCEDÊNCIA – A denominada “incorporação às avessas” não é proibida pelo ordenamento jurídico. Realizada por empresas operativas e com objetivo social semelhante, não pode ser tipificada como operação simulada, mormente quando teve por escopo a busca de melhor eficiência das operações entre ambas praticadas. (Acórdão nº 105-15.822 – 22/06/2006 - Publicado no DOU em: 02.05.2007).

A reorganização societária tem sido utilizada como uma ferramenta de planejamento fiscal. Entretanto, a chamada incorporação invertida ou às avessas é alvo fácil da fiscalização, vez que dá margem à simulação, e, por isso, recomenda-se cautela na sua utilização.

3.1 Incorporação invertida ou às avessas – decisão do Superior Tribunal de Justiça

Na pesquisa que empreendemos não encontramos nenhuma decisão do STJ sobre o assunto. Recentemente, esse Tribunal apreciou recurso oriundo do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, mas não chegou a descer no mérito da questão.

Muito embora o mérito da questão não tenha sido analisado, a ementa, o relatório e o voto de lavra do Ministro relator, Herman Benjamin, trazem importantes esclarecimentos. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. MULTA DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. INAPLICABILIDADE. INCORPORAÇÃO. APROVEITAMENTO DE PREJUÍZOS. REDUÇÃO DA CSSL DEVIDA. SIMULAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. INAPLICABILIDADE. SÚMULA 98/STJ. 1. Hipótese em que se discute compensação de prejuízos para fins de redução da Contribuição Social sobre Lucro Líquido - CSSL devida pela contribuinte. 2. A empresa Supremo Industrial e Comercial Ltda. formalmente incorporou Suprarroz S/A (posteriormente incorporada pela recorrente). Aquela acumulava prejuízos (era deficitária, segundo o TRF), enquanto esta era empresa financeiramente saudável. 3. O Tribunal de origem entendeu que houve simulação, pois, em realidade, foi a Suprarroz que incorporou a Supremo. A distinção é relevante, pois, neste caso (incorporação da Supremo pela Suprarroz), seria impossível a compensação de prejuízos realizada, nos termos do art. 33 do DL 2.341/1987. 4. A solução integral da lide, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 5. Não há controvérsia quanto à legislação federal. 6. A contribuinte concorda que a incorporadora não pode compensar prejuízos acumulados pela incorporada, para reduzir a base de cálculo da CSSL, nos termos do art. 33 do DL 2.341/1987. Defende que a empresa com prejuízos acumulados (Supremo) é, efetivamente, a incorporadora. 7. O Tribunal de origem, por seu turno, não afasta a possibilidade, em tese, de uma empresa deficitária incorporar entidade financeiramente sólida. Apenas, ao apreciar as peculiaridades do caso concreto, entendeu que isso não ocorreu. 8. Tampouco se discute que, em caso de simulação, “é nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma” (art. 167, caput, do CC). 9. A regularidade formal da incorporação também é reconhecida pelo TRF. 10. A controvérsia é estritamente fática: a recorrente defende que houve, efetivamente, a incorporação da Suprarroz (empresa financeiramente sólida) pela Supremo (empresa deficitária); o TRF, entretanto, entendeu que houve simulação, pois, de fato, foi a Suprarroz que incorporou a Supremo. 11. Para chegar à conclusão de que houve simulação, o Tribunal de origem apreciou cuidadosa e aprofundadamente os balanços e demonstrativos de Supremo e Suprarroz, a configuração societária

superveniente, a composição do conselho de administração e as operações comerciais realizadas pela empresa resultante da incorporação. Concluiu, peremptoriamente, pela inviabilidade econômica da operação simulada. 12. Rever esse entendimento exigiria a análise de todo o arcabouço fático apreciado pelo Tribunal de origem e adotado no acórdão recorrido, o que é inviável em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ. 13. Aclaratórios opostos com o expreso intuito de prequestionamento não dão ensejo à aplicação da multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC, que deve ser afastada (Súmula 98/STJ). 14. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (REsp. nº 946.707 - RS DJe: 31/08/2009 (2007/0092656-4). Rel. Min. Herman Benjamin).

Como já foi dito, o Superior Tribunal de Justiça não entrou no mérito da questão, pois rever a decisão do TRF “exigiria a análise de todo o arcabouço fático apreciado pelo Tribunal de origem e adotado no acórdão recorrido”, o que é inviável pela via do Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

O relator da matéria enfatiza:

para chegar à conclusão de que houve simulação, o Tribunal de origem apreciou cuidadosa e aprofundadamente os balanços e demonstrativos de Supremo e Suprarroz, a configuração societária superveniente, a composição do conselho de administração, as operações comerciais realizadas pela empresa resultante da incorporação. Concluiu, peremptoriamente, pela “inviabilidade econômica da simulada”.

Em seu voto, o Ministro Herman Benjamin transcreveu trechos do acórdão recorrido que ilustram com bastante nitidez a questão e poderão servir de balizas para análise de casos futuros:

- a) Juntamente com a incorporação, no mesmo ato, a incorporadora (SUPREMO) assumiu a denominação social da incorporada (SUPRARROZ).
- b) A sede do novo grupo, resultante da operação de incorporação, passou a ser a antiga sede da empresa incorporada (SUPRARROZ). Cabendo salientar, neste ponto, que a empresa reputada incorporadora (SUPREMO) sequer possuía sede, tampouco equipamentos industriais ao tempo da incorporação, uma vez que já os tinha vendido.
- c) os membros do Conselho de Administração da incorporadora (SUPREMO) renunciaram, assumindo os do Conselho da incorporada (SUPRARROZ), restan-

do da incorporadora nada mais que o CNPJ.

d) Ao tempo da incorporação (março de 1995), a alegada incorporadora (SUPREMO) já havia encerrado faticamente suas atividades, subsistindo apenas juridicamente desde julho de 1994, já tendo sido formalizada a transferência de seu ativo imobilizado para outra empresa em agosto de 1994.

e) Tanto em razão social, como em estabelecimento, em funcionários e em conselho de administração, a situação final - após a incorporação - manteve as condições e a organização anterior da incorporada (SUPRARROZ), demonstrando-se claramente que, de fato, esta “absorveu” a deficitária e não o contrário, tendo-se formalizado o inverso apenas com o intuito de aproveitar os prejuízos fiscais da empresa SUPREMO, que não poderiam ter sido considerados caso tivesse sido ela a incorporada e não a incorporadora, restando evidenciada, portanto, a simulação.

f) No caso, era inviável economicamente a operação de incorporação procedida, tendo em vista que a aludida incorporadora existia apenas juridicamente, tendo servido apenas de “fachada” para a operação, a fim de serem aproveitados seus prejuízos fiscais - cujo aproveitamento a lei expressamente vedava.

Como o STJ não entrou no mérito da questão, não afastou, portanto, a possibilidade, em tese, de uma empresa deficitária incorporar outra empresa superavitária. O que não se deve utilizar é dessa forma de planejamento com o objetivo de encobrir uma operação simulada, inviável economicamente, conforme ressalta o acórdão recorrido.

O planejamento tributário é uma forma lícita de o empresário organizar sua(s) empresa(s) de forma a reduzir a carga tributária, como melhor lhe aprouver. Quando feito de forma lícita, dá-se o nome de elisão; quando feito de modo ilícito, dá-se o nome de evasão.

Nesse compasso, leciona Machado (1995, p. 51) que “A doutrina tem sustentado que os contribuintes têm o direito de arrumar seus negócios, sua fortuna, seu modo de vida, de maneira a pagar os impostos menos elevados ou a não pagar imposto algum, contanto que não violem nenhuma regra legal”.

4 Responsabilidade empresarial dos sucessores por débitos anteriores à sucessão

Em qualquer modificação na estrutura da pessoa jurídica que resultar da fusão, transformação ou incorporação, haverá a responsabilidade por sucessão empresarial ou negocial.

Conforme leciona Pires (2002, p. 53), suceder significa vir depois, a seguir, em lugar de. A responsabilidade por sucessão é aplicável a todos os créditos tributários constituídos ou em curso de constituição na data do ato que efetiva a sucessão e mesmo aos que, constituídos posteriormente, refiram-se a fatos geradores ocorridos anteriormente, conforme se vê da regra do art. 129 do CTN.

A partir da ocorrência do evento mencionado, transfere-se ao sucessor a responsabilidade tributária. Ele passa a partir daí a assumir as obrigações na qualidade de responsável tributário.

O Código Tributário Nacional, em seu art. 132, trata da responsabilidade empresarial ou negocial, nos seguintes termos:

Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até à data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos casos de extinção de pessoas jurídicas de direito privado, quando a exploração da respectiva atividade seja continuada por qualquer sócio remanescente, ou seu espólio, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual.

Como se observa do dispositivo legal transcrito, o CTN prevê três hipóteses de modificação da estrutura societária: fusão, transformação ou incorporação. Nos três casos mencionados no “caput” do artigo, a pessoa jurídica se extingue e por isso mesmo não pode ser responsável pelo pagamento dos tributos. A responsabilidade é transferida para a empresa resultante dessas modificações, que assume as obrigações fiscais da(s) que a antecedeu(ram). Do contrário, não haveria responsabilidade por sucessão empresarial.

4.1 Cisão

Embora não prevista no Código Tributário, a cisão também vem sendo admitida, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, como causa de responsabilidade. Sobre o assunto, leciona Coelho (2005, p. 742):

A doutrina vem admitindo, até para evitar a elisão de tributos pela via do planejamento fiscal, que os casos de cisão total ou parcial estão abrangidos pelo dispositivo legal em comento, ao argumento de que o CTN

é anterior à Lei nº 6.404, de 15.12.1976, sobre sociedades anônimas, que regrou os casos de cisão.

[...]

Entendemos que a disciplina legal deva ser estender-se aos casos de cisão, por isso que configuram uma forma, junto com as demais previstas no artigo, de mutação empresarial. “Onde a mesma razão, a mesma disposição”, já ensinavam os praxistas, com espreque na clarividência jurídica dos juristas romanos.

4.1.1 Cisão parcial – responsabilidade solidária

A cisão pode ser parcial ou total. Na cisão total, a empresa cindida é extinta, e todo seu patrimônio, vertido para a empresa sucessora. Na cisão parcial, a empresa cindida continua em atividade com a mesma denominação, mas com o capital reduzido dos valores que foram vertidos para outra ou mais empresas envolvidas na cisão (FEBRETTI, 2005, p. 155-156).

Sobre a responsabilidade nos casos de cisão, esclarece Machado (2010, p. 164):

A sociedade cindida que subsistir, naturalmente, por ter havido versão apenas parcial do seu patrimônio, e as que absorverem parcelas do seu patrimônio responderão solidariamente pelas obrigações da primeira anteriores à cisão.

Havendo extinção da sociedade cindida, isto é, no caso de versão total, as sociedades que absorverem as parcelas de seu patrimônio responderão solidariamente pelas obrigações da cindida. Respondem, assim, obviamente, pelas dívidas tributárias.

4.2 Transferência do controle acionário

A regra prevista no art. 132, antes mencionado, não se aplica à aquisição do controle acionário de uma por outra empresa. Isso porque, conforme ensina Baleeiro (2002, p. 749), nesse caso a empresa sobrevive juridicamente à sociedade anônima cuja maioria de ações, passando à propriedade de outra empresa, é por essa dominada.

4.3 Multa. Moratória e punitiva, responsabilidade da empresa sucessora

Não se pode deixar de mencionar a questão das multas. O Código Tributário determina que a empresa que resultar da fu-

são, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos. A norma não faz qualquer referência às multas por infração à legislação. Surgiu, então, a tese de que os sucessores somente responderiam pelas multas moratórias, ficando excluídas, em qualquer hipótese, as multas punitivas por infração à legislação tributária. O assunto não é pacífico, e, de modo prudente, Gurgel (1999, p. 527) adverte:

Apesar das controvérsias no âmbito doutrinário e jurisprudencial, vem se firmando, nos tempos atuais, a tese de que a responsabilidade dos sucessores se estende às multas, tendo em vista que estas já integram o passivo da empresa sucedida. A não ser assim, muitas fraudes poderiam existir simplesmente para alterar a estrutura jurídica das empresas, fundindo-as, transformando-as, ou realizando incorporações para afastar a aplicação de penalidades.

Nesse sentido, o Superior Tribunal já fixou entendimento que retrata esse prudente entendimento:

O art. 132 do CTN fala em responsabilidade pelos tributos, sem mencionar os consectários, o que deu margem a, na doutrina, surgir a tese de que haveria, dentro de uma literal interpretação, elisão das penalidades. Contudo, na atualidade, sinaliza-se para prevalência da tese de que a responsabilidade dos sucessores estende-se às multas, sejam elas moratórias ou punitivas, pelo fato de integrarem o passivo da empresa sucedida. (Resp 32.967/RS. STJ, 2ª Turma, Rel. Min^a Eliana Calmon. DJU 20.03.00).

Recentemente, o Ministro Luiz Fux, ao analisar o REsp nº 932.012, verificando a multiplicidade de recursos a respeito da matéria, submeteu o seu julgamento como recurso representativo da controvérsia.

O presente recurso especial versa a questão referente à possibilidade ou não de extensão da responsabilidade tributária da empresa sucessora às multas, moratórias ou de outra espécie, aplicadas à empresa sucedida, e não apenas aos tributos por esta devidos. Deveras, há multiplicidade de recursos a respeito dessa matéria, por isso que submeto o seu julgamento como "recurso representativo da controvérsia", sujeito ao procedimento do art. 543-C do CPC, afetando-o à 1.ª Seção (art. 2.º, § 1º, da Resolução n.º 08, de 07.08.2008, do STJ). Consectariamente, nos termos do art. 3º da Resolução n.º 08/2008: a) dê-se vista ao Ministério Público para parecer, em quinze dias (art.

3.º, II); b) comunique-se, com cópia da presente decisão, aos Ministros da 1.ª Seção, aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça nos termos e para os fins previstos no art. 2.º, § 2.º, da Resolução n.º 08/2008; c) suspenda-se o julgamento dos recursos especiais sobre a matéria, a mim distribuídos. Publique-se. Intime-se. Oficie-se. Brasília (DF), 09 de março de 2010. Min. Luiz Fux Relator. Recurso Especial Nº 923.012 - MG (2007/0031498-0).

Conclusão

Se por um lado o governo estimula e até incentiva o agrupamento de empresas, por outro, reprime atos que possam resultar em prejuízo da concorrência, ou na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços (Lei n.º 8.884/94, que dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica).

Do exposto, fica claro que o tributo pode e deve ser utilizado com objetivos extrafiscais, como mola propulsora do progresso, quer incentivando o desenvolvimento da pequena empresa, quer fomentando a formação de blocos econômicos. O que não pode é que o ato de concentração resulte em “Trust”, com vistas à dominação do mercado e a eliminação da concorrência e da livre-iniciativa em prejuízo do consumidor.

Referências

BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**. 11ª ed., revista e complementada, à luz da Constituição de 1988 até a emenda 10/96, por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 15ª ed., atualizada por Dejalma de Campos. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 8ª ed., revista e atualizada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CRISTIANO, Romano. In: **Estudos Jurídicos**. Incorporação, Fusão e Cisão da Companhia. Conceito, espécies e diferenças. Informativo Dinâmico IOB, p. 1.011, ago. 1986.

FEBRETTI, Láudio Camargo. **Fusões, Aquisições, Participações e Outros Instrumentos de Gestão de Negócios** – Tratamento Jurídico, Tributário e Contábil. São Paulo: Atlas, 2005.

GURGEL, Luiz Alberto de Faria. Comentários ao art. 132º do CTN. In: FREITAS, Wladimir Passos. (Coord.). **Código Tributário Nacional Comentado**. São Paulo: RT, 1999.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MACHADO, Hugo Brito. **Planejamento Fiscal** – Teoria e Prática. São Paulo: Dialética, 1995.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Incorporação de empresa com extinção da incorporada** - Possibilidade de aproveitamento do prejuízo além de 30%. 2009. Não paginado. Disponível em: <<http://www.fiscosoft.com.br/a/4qc6/incorporacao-de-empresa-com-extincao-da-incorporada-possibilidade-de-aproveitamento-do-prejuizo-alem-de-30-ives-gandra-da-silva-martins>>. Acesso em: 10 dez. 2010.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário**. Constituição e Código Tributário à luz da Doutrina e da Jurisprudência. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

PIRES, Adilson Rodrigues Pires. **Manual de Direito Tributário**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

VICECONTI, Paulo Eduardo. **Curso Prático de Imposto de Renda Pessoa Jurídica e Tributos Conexos**. 14ª ed. São Paulo: Editora FRASE, 2009.

Desvendando a alienação fiduciária de bem imóvel. Anotações e provocações a respeito da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, do recebimento da dívida após o decurso da mora e da quitação mútua no negócio fiduciário

Mauro Antônio Rocha

*Advogado da CAIXA em São Paulo
Bacharel em Direito pela Universidade
de São Paulo - USP*

*Pós-graduado em Direito Imobiliário e
em Direito Registral e Notarial
Coordenador Jurídico de Contratos Imobiliários da
Caixa Econômica Federal em São Paulo - JURIR/SP*

RESUMO

O presente artigo trata da aplicação do Código de Defesa do Consumidor às operações de venda e compra de bem imóvel com parcelamento de preço e garantia fiduciária, da possibilidade de recebimento da dívida após o decurso do prazo da mora, bem como da correta interpretação do § 5º do art. 27 da Lei nº 9.514/1997, que dispõe sobre a exoneração do credor, no caso de não realização da venda do imóvel no segundo leilão realizado por conta da consolidação da propriedade, à prestação de contas em relação a eventual e futura disposição do bem, ficando o devedor destituído de qualquer direito em relação aos valores pagos.

Palavras-chave: Financiamento imobiliário. Parcelamento do preço. Direito do Consumidor. Prestação de contas.

ABSTRACT

This article deals with the application of the Consumer Protection Code on sales and purchase of the property with price installment and loan guarantees, the possibility of receiving debt after the term of the late course and the correct interpretation of § 5 of art. 27 of Law No. 9.514 / 1997, which

provides for the dismissal of the lender in case of non-realization of sale of the property in the second auction on behalf of the land consolidation, accountability regarding possible future disposal of the property, getting the debtor devoid of any rights in respect to amounts paid.

Keywords: Real estate financing. Price installment. Consumer Law. Accountability.

Introdução

A alienação fiduciária sobre bens imóveis ingressou no ordenamento jurídico brasileiro há quase 20 anos, ficando inicialmente restrita às operações contratadas no âmbito do Sistema de Financiamento Imobiliário instituído na mesma Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997.

Ocorreu que, ainda que inexistente dispositivo de exclusividade, por ter sido criada no mesmo diploma legal que instituiu o SFI, trouxe procedimentos executórios claramente delineados para as operações nele realizadas, razão pela qual se instaurou o justo receio acerca da validade de aplicação do instituto para a garantia de obrigações contratadas fora daquele sistema.

Foi somente a partir da promulgação da Lei nº 10.931, em 4 de agosto de 2004, que outras operações imobiliárias, realizadas fora dos sistemas oficiais de financiamento, assim como as obrigações em geral, puderam ser oficial e efetivamente “garantidas, inclusive por terceiros, por cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis, por caução de direitos creditórios ou aquisitivos decorrentes de contratos de venda ou promessa de venda de imóveis e por alienação fiduciária de coisa imóvel”.¹

Nesses quase 20 anos de aplicação efetiva, em que a alienação fiduciária de coisa imóvel enfrentou as águas serenas da estabilidade econômica, situação de pleno emprego e reajustes reais de salários, foram firmados milhões de contratos de financiamento imobiliário, parcelamento do preço de venda e de crédito em geral com garantia fiduciária e, destes, apenas uma parcela proporcionalmente irrelevante foi levada à execução extrajudicial em razão de inadimplência e insignificante o número de conflitos judicializados.

No entanto, as dificuldades políticas e econômicas que o país passou a enfrentar a partir do final de 2014 alçaram a inadimplência contratual a níveis preocupantes, agravando o

¹ Lei nº 10.931/2004, art. 51.

quadro de cobrança forçada das dívidas e, provocando, conseqüentemente, a reação judicial – não mais do mutuário terminal, assim entendido como o devedor já acomodado e conformado com a perspectiva da perda, cujo contraponto restava limitado ao propósito de recuperar parte do montante investido na aquisição e protelar a desocupação do imóvel – e, sim, de devedores e fiduciantes que pressentem o risco e se mostrarão dispostos a lançar mão de todos os recursos judiciais previstos e cabíveis à espécie para evitar a perda substancial do patrimônio.

Sucede que a quietação do passado restringiu os estudos sobre o instituto da garantia fiduciária à simplicidade dos procedimentos legais da concessão do crédito, quitação da dívida, consolidação da propriedade e execução extrajudicial do débito, de forma que os operadores do direito acordaram despreparados para compreender os atalhos e desvios que começam a surgir.

1 Da aplicação do Código de Defesa do Consumidor às operações de venda e compra de bem imóvel com garantia fiduciária

Dentre as incompreensões anotadas destacamos a existência de um relativo consenso em afastar da alienação fiduciária de bem imóvel em garantia a aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, notadamente em relação ao seu art. 53, que dispõe sobre a nulidade de cláusula que estabeleça “a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado”.

Entendem os doutrinadores – e se repetem – que o código do consumidor é norma geral e que, portanto, prevalece sobre ele a Lei nº 9.514/1997, por ser posterior, específica e tratar exaustivamente dos procedimentos correspondentes à consolidação da propriedade no fiduciário e da alienação do bem em leilão público por valor suficiente para liquidar a dívida com seus encargos e, quando possível, restituir ao devedor fiduciário, total ou parcialmente, o montante dos pagamentos efetuados.

Argumentam, também, que esses procedimentos legais de realização do bem e a forma de apuração de haveres para a liquidação da dívida e satisfação de eventuais direitos do devedor se apresentam, ao final, compatíveis com as disposições do código consumerista, não representando seu afastamento qualquer prejuízo ao consumidor e devedor fiduciário.

Da mesma forma – ou por conta disso – é possível colher decisões que reproduzem esse entendimento, inadmitindo a apli-

cação da lei de consumo, para denegar a devolução de valores pagos pelo consumidor na aquisição de imóvel com a constituição de alienação em garantia.

Tais argumentos não se ajustam claramente em relação a determinados negócios jurídicos, porém, desta feita e por enquanto, não é nossa intenção contrariá-los e vamos nos limitar a abordar algumas incongruências relativas ao assunto tratado.

Inicialmente, cuidemos da dificuldade que doutrinadores e operadores do direito, inclusive magistrados, apresentam para diferenciar a operação de mútuo com garantia fiduciária contratada para a compra de imóvel (financiamento imobiliário) da venda e compra para pagamento parcelado e periódico do preço pelo comprador com garantia fiduciária constituída sobre o mesmo imóvel objeto da operação (parcelamento do preço).

No texto legal, o financiamento imobiliário está contido no art. 4º (“as operações de financiamento imobiliário em geral serão livremente efetuadas pelas entidades autorizadas a operar no SFI, segundo condições de mercado e observadas as prescrições legais”) e as demais operações (inclusive o financiamento imobiliário fora do SFI), no § 2º do art. 5º, com a redação dada pela Lei nº 10.931/2004 (“as operações de comercialização de imóveis, com pagamento parcelado, de arrendamento mercantil de imóveis e de financiamento imobiliário em geral poderão ser pactuadas nas mesmas condições permitidas para as entidades autorizadas a operar no SFI”).

À partida, convém esclarecer que a concessão de crédito em dinheiro para a aquisição de bem imóvel – com ou sem alienação fiduciária em garantia – constitui atividade privativa das entidades integrantes do Sistema Financeiro Nacional (SFN), com funcionamento autorizado pelo Banco Central do Brasil.

No financiamento imobiliário o bem jurídico garantido pela alienação fiduciária é o montante em dinheiro resultante de operação de mútuo financeiro, aplicado no pagamento integral e imediato – diretamente ao vendedor – do bem imóvel adquirido pelo mutuário.

O financiamento não se confunde com o parcelamento do preço de venda, indevidamente denominado de autofinanciamento, ainda que os pagamentos dessas parcelas estejam garantidos pela alienação fiduciária concomitante do imóvel ao vendedor, agora credor fiduciário.

Na primeira hipótese – aquisição no âmbito dos sistemas oficiais de financiamento imobiliário – ocorre uma operação de venda e compra com pagamento à vista, concomitante à concessão ao adquirente de mútuo financeiro destinado ao fornecimento

dos recursos para o pagamento do preço, cujo retorno estará garantido pela alienação fiduciária do bem financiado, de forma que o inadimplemento da obrigação pelo devedor implicará a execução extrajudicial da dívida com vistas ao retorno dos recursos financeiros ao credor.

Na segunda – aquisição no âmbito do mercado imobiliário comum – a operação realizada é de venda e compra, compromissada ou em caráter definitivo, com as cláusulas relativas à alienação fiduciária em garantia do parcelamento do preço de venda concedido diretamente pelo vendedor e, nessa situação, eventual inadimplemento da obrigação de pagar resolve o contrato principal de venda e compra, consolidando-se a propriedade em nome do credor fiduciário, que restará dispensado da obrigação de realização do ativo em leilão público, mas que, porém, ressarcirá ao devedor os valores pagos – por conta da aplicação do art. 53 do CDC – na proporção ajustada em contrato ou determinada judicialmente – em procedimento cujo caráter é meramente obrigacional.

Por conta disso – desconhecimento de conceitos elementares de direito financeiro, juntamente com o aproveitamento de doutrina e jurisprudência produzida no entremeio da legislação de regência, desatualizada e incompatível com o atual estágio do instituto – parecem incompreensíveis determinadas manifestações doutrinárias e decisões judiciais.

Dantzger (2010, p. 108), por exemplo, afirma que “diversos doutrinadores já se posicionaram a respeito do assunto, e seus argumentos são deveras contundentes, quanto à inaplicabilidade do indigitado preceito do Código de Defesa do Consumidor, no que diz respeito à alienação fiduciária de imóveis”.

Em apoio à sua afirmação transcreve parecer encomendado ao jurista José Manoel de Arruda Alvim Netto pela Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança (ABECIP), elaborado anteriormente à alteração legal antes referida, nos seguintes termos:

No contrato de compra e venda a prestações, o devedor recebe uma coisa, pela qual vai pagando; havendo rescisão haverá de devolver a coisa, e é por isso que, deve receber de volta o que por ela pagou; no sistema da Lei 9.514/1997 o numerário destina-se à aquisição da coisa, é originalmente do credor e por isso deve devolvê-lo, pois que foi recebido com a obrigação de devolução; se o credor, a seu turno, houvesse de devolver ‘esse mesmo numerário’, que recebera em pagamento, estaria sempre perdendo; e estaria ‘sempre perdendo’ porque o produto da alienação do bem imó-

vel destina-se ao pagamento do 'resto do débito', ou seja, destina-se à reposição do patrimônio do credor, nada mais (Dantzger, 2010, p.108).

O que o eminente jurista afirma no trecho transcrito é, exatamente, que na compra e venda para pagamento parcelado do preço o devedor deve receber de volta o que pagou, ou seja, cabe a devolução dos valores pagos, em atendimento ao disposto no art. 53 do Código do Consumidor, diferentemente da aquisição do imóvel mediante financiamento imobiliário em que a restituição estará limitada ao que sobejar a dívida, nos termos da Lei nº 9.514/1997.

Caso ainda reste dúvida sobre a contrariedade do parecerista em relação ao introito proposto por Dantzger, trazemos a lume outro trecho – não utilizado pelo autor – do mesmo parecer:

A situação, portanto, é absolutamente diversa da que ocorre no compromisso de compra e venda de imóvel a prestações, em que as parcelas pagas ao credor são provenientes do patrimônio do próprio devedor, daí o art. 53, CDC, prever a sua devolução no caso de inadimplemento, com a perda do sinal, para composição das perdas e danos. Ademais, o vendedor do imóvel lucrará com a própria venda do imóvel, ao contrário do que ocorre na alienação fiduciária de imóvel, em que o negócio principal é o empréstimo (ARRUDA ALVIM, s.d., p. 13).

Ao enfrentar o mesmo assunto, Chalhub (2012, p. 15) manifestou-se da seguinte forma:

Sucedem que inúmeras relações de consumo a que se aplica esse princípio têm peculiaridades que distinguem umas das outras e que, portanto, merecem tratamento jurídico e legal coerente com sua peculiar estrutura e função.

É o caso da Lei nº 9.514/1997, que é lei especial e não é incompatível com a Lei nº 8.078/1990 (CDC), razão pela qual, a despeito de os princípios de proteção ao consumidor se aplicarem aos contratos de alienação fiduciária quando caracterizem relação de consumo, o acerto de haveres nessa espécie de contrato deve seguir o critério específico estabelecido pelo art. 27 da Lei nº 9.514/1997 e não o critério genérico previsto no art. 52 do CDC, seja porque o critério da lei especial não conflita com o princípio enunciado naquele dispositivo do CDC, seja porque aquele é o critério próprio para execução de crédito garantido por direito real.

Em outras palavras: o art. 53 enuncia um princípio geral de nulidade da cláusula que preveja a perda

total das quantias pagas pelo devedor inadimplente e o art. 27 da Lei nº 9.514/1997 estabelece critério específico, pelo qual manda o credor devolver ao devedor a quantia que sobrar do leilão, depois de satisfeito o crédito garantido.

Não obstante o anteriormente transcrito, Chalhub (2012, p. 14) afirma:

no que tange ao acerto de conta entre devedor e credor, por efeito da extinção dos contratos de venda a prazo e de alienação fiduciária que caracterizam relação de consumo, o dispositivo do CDC pertinente é o art. 53, que considera nula a cláusula que preveja a perda total das quantias pagas pelo devedor.

Assim, em que pese o encadeamento lógico do raciocínio desenvolvido pelo autor – e ainda que se possa considerar correto que aos contratos de alienação fiduciária em garantia de créditos imobiliários constituídos ao abrigo da Lei nº 9.514/1997 aplicam-se os procedimentos de realização da garantia e quitação do débito nela estabelecidos –, outras formas de alienação fiduciária são também contratadas, de maneira que a questão central relativa à aplicabilidade da quitação mútua às transações de venda e compra de imóveis fora dos sistemas de financiamento imobiliário permanece pendente de apreciação.

Outro inquietante exemplo do desentendimento reinante pode ser encontrado nas decisões proferidas nas Apelações 0221567-17.2011.8.26.0100, relatada pelo Des. Carlos Alberto Garbi, julgada pela 10ª Câmara de Direito Privado, em 10/03/2015, e 0104383-79.2007.8.26.0100 – relatada pelo Des. Alexandre Lazzarini, julgada pela 9ª Câmara de Direito Privado, em 23/02/2016, ambas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Na primeira delas, a recorrente – entidade não financeira – apelou de sentença que a condenara à devolução de 90% dos valores recebidos dos autores, titulares nos exatos termos do relatório, de “compromisso de compra e venda com financiamento imobiliário [sic] e pacto adjeto de alienação fiduciária”.

A recorrente alegava, na parte que nos interessa, que a devolução dos valores pagos contraria o disposto no art. 27 da Lei nº 9.514/97. Cabe anotar que a própria ré – insegura quanto ao argumento utilizado – pediu, alternativamente, a elevação da retenção para 40% dos valores pagos, além da condenação dos autores ao pagamento de taxa de ocupação.

Ao votar pela reforma da sentença e denegação da restituição dos valores pagos o d. Relator afirmou que

a ré cumpriu integralmente a sua prestação, entregando o imóvel e celebrando o contrato de compra e venda. Financiou [sic] o preço e tornou-se credora fiduciária, com propriedade resolúvel sobre a unidade autônoma.

[...]

Portanto, descabe o pedido de devolução dos valores pagos a título de financiamento [sic] de imóvel objeto de alienação fiduciária em garantia, que só seria possível com o reconhecimento de saldo favorável aos autores no leilão do imóvel garantidor da dívida, o que não ocorreu na hipótese.

Resta claro da leitura do relatório que o contrato principal em questão é de venda e compra – não de mútuo, como afirma o relator – realizada diretamente pelo fornecedor ao consumidor final, deixando caracterizada a relação de consumo, sendo aplicáveis, portanto, os dispositivos da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, independentemente do parcelamento do preço de venda – ou do inexistente financiamento – e de estar o valor parcelado garantido fiduciariamente. Não elide o equívoco nem facilita o entendimento destacado pelo relator – o precedente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça citado, REsp nº 166.753/SP, rel. Min. Castro Filho, DJ 03/05/2005 –, que se mostra inaplicável ao caso por cuidar, exatamente, de contrato firmado com entidade financeira autorizada a realizar operações financeiras.

Ademais, a ser correta a informação relatada, restaria configurado no contrato submetido ao Juízo o exercício ilegal de atividade financeira privativa por entidade não autorizada.

Na segunda decisão, de interesse da mesma entidade não financeira (sociedade incorporadora), a sentença que julgara parcialmente procedente a ação declaratória de rescisão contratual cumulada com devolução de valores pagos para declarar rescindido o contrato e determinar a devolução de 85% dos valores pagos pelos recorridos, corrigidos monetariamente e acrescidos de juros de mora a partir da citação, foi integralmente mantida, “porque a hipótese envolve relação de consumo e contrato de adesão, de maneira que não se pode tolher do consumidor a possibilidade de vir a juízo e postular a rescisão da avença em virtude de sua incapacidade financeira de continuar honrando com as parcelas”.

Cabe reiterar, no entanto, que a devolução total ou parcial dos valores pagos pelo devedor resultará da resolução do contrato principal, caracterizando a dação de direito em pagamento da dívida (§ 8º do art. 26) e consolidando plenamente a pro-

priedade no fiduciário, que estará dispensado da realização de leilões e poderá dar ao bem a destinação que melhor lhe aprouver.

É evidente que estabelecida a relação de consumo, aplicar-se-ão as normas do Código de Proteção e Defesa do Consumidor às transações realizadas nos sistemas oficiais de financiamento – tanto em relação aos negócios de natureza imobiliária quanto em relação aos negócios de natureza financeira. Aos negócios jurídicos que compreendam a venda e compra do bem imóvel, com parcelamento do preço contratado diretamente pelo fornecedor, aplicar-se-á o art. 53 do código sem a precedência da Lei nº 9.514/1997, por ser o contrato de venda e compra principal em relação ao de alienação fiduciária.

Parece-nos, portanto, lícito concluir que as pessoas físicas e jurídicas não integrantes dos sistemas de financiamento imobiliário estão autorizadas a contratar a alienação fiduciária em garantia do parcelamento do preço de venda, mas, salvo melhor juízo, nos casos de execução extrajudicial da garantia, além dos procedimentos descritos na Lei nº 9.514/1997, deverão observar os mecanismos de proteção ao consumidor, de maneira a facilitar a retomada do bem e, ao mesmo tempo, garantir ao fiduciante a restituição de parte substancial dos valores pagos durante o contrato, em cumprimento ao disposto no art. 53 da lei consumerista.

Esse aparente conflito de normas, no caso de venda de imóvel com parcelamento do preço pelo próprio vendedor (construtor ou incorporador) com garantia fiduciária, deverá ser, caso mantida a tendência de aumento da inadimplência no mercado imobiliário, motivo recorrente de judicialização dos contratos de alienação fiduciária em garantia nos próximos anos.

2 Do recebimento da dívida após o decurso do prazo legal para a purgação da mora e consequente cancelamento da consolidação da propriedade

Outro exemplo anotado de incompreensão da norma legal se revela na reiterada negativa de autorização para o cancelamento da averbação da consolidação de propriedade a requerimento formal e unânime das partes, nos casos do recebimento da dívida pelo credor fiduciário depois de decorrido o prazo legal concedido ao devedor para a purgação de mora, sob os argumentos, doutrinariamente inatacáveis, de que (a) o art. 27 da Lei nº 9.514/97 é norma cogente que determina a realização de leilão público para a venda de imóvel objeto de consolida-

ção da propriedade por conta do inadimplemento contratual, obrigação que não pode ser afastada para atender aos interesses das partes e (b) a eficácia do cancelamento de averbação válida é negativa, não se prestando para reprimir a condição anterior da inscrição por ela alcançada.

Não se encontra razoabilidade na negativa de cancelamento da consolidação apenas e tão somente pela suposta cogência dos procedimentos exigidos na norma legal, sendo imprescindível a criação de uma base doutrinária que afaste esses impedimentos de forma a possibilitar a regularização registrária da situação exposta. A simplicidade do argumento denegatório contrasta com a relevância material e ideológica do bem jurídico tratado.

Dispõe o *caput* do art. 27 da Lei nº 9.514/97 que, uma vez consolidada a propriedade, o fiduciário promoverá público leilão para a alienação do imóvel no prazo de 30 dias, contados da data do registro de consolidação.

O referido artigo 27 é mandatório, cogente e não permite qualquer outra interpretação que não aquela que se extrai de sua leitura direta: a propriedade consolidada em nome do credor deve ser alienada em público leilão, em respeito à tradição civilista de negar a apropriação pelo credor do bem oferecido em garantia pelo devedor.

Entretanto, a justificativa para o caráter coercitivo da norma reside, exatamente, na intenção de proteger os interesses da parte momentaneamente mais fraca – o devedor fiduciante –, de forma que admitir-se a possibilidade do recebimento da dívida depois da consolidação da propriedade e antes, evidentemente, da alienação do imóvel em leilão realizado nos termos da lei parece coerente com a intenção legislativa de impedir que a parte hipersuficiente se valha da lei para prejudicar interesses do devedor ou para alcançar o enriquecimento sem causa, próprio ou de terceiros.

Examinando hipótese em tudo semelhante, Chalhub (2012, p. 132/134) assim se manifestou:

O leilão foi eleito pelo legislador como meio de conversão do bem em dinheiro, destinando-se o produto arrecadado ao acerto de haveres entre as partes, mas nada impede que, em circunstâncias especiais, outro meio seja eleito pelas partes para alcançar o mesmo objetivo de acerto de haveres, desde que os interesses do credor e do devedor sejam preservados e que a alternativa eleita pelas partes não importe em fraude de execução ou contra credores. [...]

Em suma, considerando que são os próprios antigos prestadores de garantia e a antiga devedora que têm interesse em dispensar a realização do leilão, porque precisam de maior prazo para obter recursos necessários à re aquisição dos imóveis, e, mais, considerando, ainda, o precedente da própria Lei nº 9.514/1997, que dispensa o leilão na hipótese de dação em pagamento, não há dúvida de que é também admissível outro modo de acerto de haveres que importe em extinção da dívida, desde que com a participação dos interessados.

Cabe ressaltar, no entanto, que a consolidação da propriedade em nome do credor pode gerar uma expectativa de direitos a terceiro interessado em licitar e eventualmente adquirir o bem imóvel em um dos leilões referidos na lei e que restará frustrada pelo acordo validado.

Dessa forma, o credor – agora proprietário – que aceita o recebimento da dívida após a consolidação da propriedade assume a responsabilidade pelos prejuízos eventualmente causados a terceiros interessados em participar dos leilões não realizados.

Posto isso, nada impede, a nosso ver, que o credor aceda quanto ao pagamento da dívida e aceite o cancelamento da consolidação, para retornar a titularidade do imóvel à situação anterior, restabelecendo-se, se for o caso, a alienação fiduciária, e possibilitar ao devedor a manutenção do bem da vida, retomando o curso do contrato, como medida de justiça, que atende ao direito constitucional à moradia e aos princípios de celeridade e economia processual.

São de pouca ajuda os precedentes do Superior Tribunal de Justiça que, ao mesmo tempo, admitem o recebimento do crédito e a liquidação da dívida, sem, no entanto, determinar ou autorizar o cancelamento da consolidação da propriedade, deixando, porém, subentendida a necessidade de realização de um novo negócio jurídico que, a rigor, independeria de qualquer autorização judicial.

No primeiro acórdão precedente² – em que se discutia até em que momento o devedor pode efetuar a purgação da mora, independentemente da vontade do credor, em contrato de financiamento vinculado ao Sistema de Financiamento Imobiliário e se cuidava da intenção do fiduciante em fazê-lo antes da alienação do imóvel em leilão público – foi provido recurso especial que admitiu que o pagamento ocorresse até a assinatura

² REsp 1.433.031 – DF (2013/0399263-2).

do auto de arrematação, em face da “incidência irrestrita daquele dispositivo legal (art. 34 do DL 70/66) aos contratos celebrados com base na Lei nº 9.514/97”, nos seguintes termos:

Havendo previsão legal de aplicação do art. 34 do DL nº 70/99 [sic] à Lei nº 9.514/97 e não dispondo esta sobre a data limite para purgação da mora do mutuário, conclui-se pela incidência irrestrita daquele dispositivo legal aos contratos celebrados com base na Lei nº 9.514/97, admitindo-se a purgação da mora até a assinatura do auto de arrematação.

Parece-nos descabida a afirmação de que a lei não dispôs sobre a data limite para purgação da mora pelo mutuário. O limite de 15 (quinze) dias da efetiva intimação para satisfazer a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento está explícito e expresso no art. 26, I e VII da Lei nº 9.514/97. Ademais, o termo assinalado no acórdão para a purgação da mora é inexecutável, uma vez que não há auto de arrematação no procedimento da referida lei.

Quanto à aplicação subsidiária do art. 34 do DL 70/66, entendemos que está limitada às operações que, no Sistema de Financiamento Imobiliário, criado pela Lei nº 9.514/97, forem contratadas com garantia hipotecária nos termos do art. 17, II, e desse assunto tratar-se-á mais adiante.

No segundo precedente³, em que as partes acordaram quanto à quitação da dívida, ficando a lide restrita à possibilidade de cancelamento da averbação da consolidação da propriedade, foi provido o recurso especial para, da mesma forma, admitir a purgação da mora e o pagamento da dívida após o decurso do prazo legal, tendo, porém, o i. Relator (com voto acatado pela unanimidade pela turma julgadora) adentrado terreno minado ao discorrer sobre a responsabilidade por gastos e despesas referentes a uma “nova transmissão de propriedade” (grifo do acórdão).

Ultrapassa o limite da lógica jurídica a decisão que valida a purgação da mora e o recebimento da dívida seguida da propositura de “nova transmissão de propriedade”, o que, reiteramos, independeria de “validação” judicial.

Com efeito, há o ajuste doutrinário de que o pagamento integral da dívida e encargos opera a automática revogação da fidejussão, fazendo retornar a propriedade plena ao devedor fiduciante, conferindo ao termo de quitação efeito meramente

³ REsp 1.462.210 – RS (2014/0149511-0).

declaratório. Assim, o resultado objetivo da validação da purgação da mora e do termo de quitação emitido pelo fiduciário será a confirmação da revogação da fidúcia e da correspondente consolidação da propriedade agora em nome do devedor fiduciário.

De outro lado, e ao mesmo tempo, validar a purgação da mora e negar o cancelamento da consolidação da propriedade em nome do credor fiduciante afasta a operacionalidade jurídica da decisão.

Outra questão diz respeito à possibilidade de o devedor exigir do credor o recebimento do valor devido e consequente quitação da dívida após a averbação da consolidação da propriedade.

Se, até este ponto, entendemos possível afastar o caráter mandatário da lei para acatar o acordo firmado entre as partes com a quitação da dívida após o prazo legal, assumindo o credor os riscos de indenizar prejuízos causados a terceiros, outra sorte deve ter o devedor inadimplente que pretenda purgar a mora após a consolidação da propriedade, no caso de desinteresse do credor proprietário ao recebimento.

Na situação descrita, decorrido o prazo fixado legalmente e repetido de forma obrigatoriamente expressa no instrumento contratual, estará o credor autorizado a requerer a consolidação da propriedade. Ultimada a consolidação, o credor obtém a propriedade plena do imóvel, ainda que com restrição à disponibilidade por força da obrigação de efetuar a venda em leilão, ficando desde logo legitimado a promover a ação de reintegração de posse do imóvel e nenhum direito inerente à propriedade remanescerá para o devedor.

Nesse sentido, ensina Chalhub (2012, p. 18): “A ação de reintegração pode ser proposta pelo antigo fiduciário logo após a averbação da consolidação da propriedade em seu nome, não dependendo da realização do leilão previsto no art. 27 da Lei nº 9.515/97”.

Com entendimento contrário, Kumpel (2014), citando Scavone, afirma que “segundo o art. 37-A da lei 9.514/1997 o direito de o fiduciário ingressar com ação de reintegração de posse se dá a partir do dia da alienação em leilão público, termo inicial legal para contagem do aluguel-pena imposto ao devedor que não restituir a posse”.

Porém, na mesma direção apontada por Chalhub, assim decidiu o Colendo STJ:

Lei nº 9.514/97. Alienação fiduciária de bem imóvel. Inadimplemento do fiduciante. Consolidação do imóvel na propriedade do fiduciário. Leilão extrajudicial. Suspensão. Irregularidade na intimação. Pretensão, do cre-

dor, a obter a reintegração da posse do imóvel anteriormente ao leilão disciplinado pelo art. 27 da Lei nº 9.514/97. Possibilidade. Interpretação sistemática da lei.⁴

Assim, salvo se admitida a aplicação subsidiária dos dispositivos do Decreto-Lei nº 70/66, constranger o credor e proprietário do bem a aceitar o pagamento intempestivo da dívida representa inadmissível violação da lei e do contrato.

Com relação à aplicação dos referidos dispositivos legais às operações de financiamento imobiliário, é importante ressaltar que a Lei nº 9.514/1997 foi estruturada em apenas três capítulos.

No capítulo primeiro é criado um novo sistema de financiamento imobiliário (não apenas habitacional), explicitados os meios de captação e os critérios de aplicação de recursos, assim como definidas as garantias obrigatórias – entre elas, a alienação fiduciária e a hipoteca – para a consecução da concessão de financiamentos e empréstimos.

No capítulo segundo é instituída a alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel – referida no capítulo primeiro da lei – e delineados os procedimentos de contratação da garantia real, manutenção contratual, recebimento das parcelas, quitação da dívida e, para o caso de inadimplemento contratual pelo devedor fiduciante, os procedimentos específicos de execução extrajudicial da dívida e da garantia fiduciária.

Mas é exatamente no capítulo das disposições gerais e finais que se encontrará o art. 39, com a seguinte redação:

Às operações de financiamento imobiliário em geral a que se refere esta Lei:

I - não se aplicam as disposições da Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, e as demais disposições legais referentes ao Sistema Financeiro da Habitação - SFH;

II - aplicam-se as disposições dos arts. 29 a 41 do Decreto-lei nº 70, de 21 de novembro de 1966.

O artigo transcrito se presta, exatamente, para amarrar as pontas que restaram soltas no texto legal e proporcionar a exata compreensão de seu alcance.

Nesse sentido, o item I do art. 39 estabelece que as disposições legais existentes e referentes ao Sistema Financeiro da Habitação – SFH não são aplicáveis às operações do novo sistema de financiamento imobiliário nem à captação e aplicação de recursos e às garantias admitidas para o sistema criado.

⁴ REsp 1155716-DF, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 22.3.2012.

Noutro sentido, o item II do artigo transcrito dispõe serem aplicáveis “as disposições dos arts. 29 a 41 do Decreto-Lei nº 70, de 21 de novembro de 1966” às operações de financiamento imobiliário em geral tratadas na lei.

Parece evidente que a norma em análise nos remete diretamente ao artigo 17 da lei, mais especificamente à aceitação da hipoteca como garantia. Somente nesse sentido é que se poderá compreender a aplicação subsidiária de dispositivos legais que tratam exclusivamente da execução extrajudicial de cédulas hipotecárias. Não parece boa nem apropriada a extensão das referidas normas aos financiamentos contratados com alienação fiduciária de garantia, que têm regras e procedimentos próprios de execução extrajudicial exaustivamente dispostos no capítulo II dessa mesma lei.

Resta claro ser equivocada a aplicação do art. 34 do decreto-lei às operações com garantia de alienação fiduciária. Em primeiro lugar porque, ao contrário do que ocorre na garantia hipotecária – em que o imóvel permanece na propriedade do devedor até sua arrematação em leilão público, na alienação fiduciária a propriedade, que já era do credor em caráter resolúvel, é consolidada em seu nome antes da realização dos leilões, impossibilitando a purgação da mora e sua reversão para o devedor. Em segundo lugar, por não existir na alienação fiduciária – tecnicamente – a figura do auto de arrematação. Nesta, o bem é vendido pelo melhor lance em leilão, observados os critérios legais, e a transmissão da propriedade se faz por instrumento público ou particular de venda e compra, comparecendo como vendedor o credor (antigo fiduciário) e como comprador o licitante vencedor.

As diferenças entre os procedimentos preconizados pelos diplomas legais cotejados se revelam claramente na lição de Chalhub (2009, p. 337):

Dada a configuração peculiar da propriedade fiduciária, não se pode cotejá-la, rigorosamente, com outros direitos reais de garantia, nem comparar os procedimentos de leilão com outros meios extrajudiciais de cobrança de dívidas e de venda de bens do devedor, pois, obviamente, cada um desses procedimentos deve adequar-se ao conteúdo próprio de cada espécie de dívida e garantia.

Os casos mais comuns, além da garantia fiduciária, são o da realização da garantia hipotecária regulada pelo Decreto-Lei nº 70, de 1966, e o da venda de unidade imobiliária em construção pertencente a condômino inadimplente, regulada pela Lei nº 4.591/64.

Não há semelhança entre a estrutura do direito material visada pelos citados diplomas, pois a Lei nº 4.591/64 e o Decreto-Lei nº 70/66 cuidam de 'leilão de imóvel do devedor', enquanto a Lei nº 9.514/97 trata de 'leilão de imóvel do credor'.

Isso não obstante, esses regimes especiais de realização de garantia têm em comum o fato de os procedimentos de comprovação da mora e de venda do bem se desenrolarem no plano extrajudicial, sendo útil observar alguns aspectos a isso relativos, no que têm de relevante.

Não há, portanto, semelhança entre os procedimentos que possa justificar a aplicação subsidiária da referida norma.

A questão final a ser enfrentada se refere à possibilidade de cancelamento da averbação de consolidação na matrícula imobiliária.

Ora, se é verdade que o devedor inadimplente não pode exigir do credor o recebimento da dívida após o decurso da purgação da mora, é também verdade que nada há que impeça o credor de, querendo, fazê-lo, ainda que assumindo os riscos já referidos decorrentes da não realização dos leilões públicos.

A questão dos efeitos jurídicos do "cancelamento do cancelamento" de inscrição registral foi objeto do magistral acórdão proferido pelo Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em embargos de declaração, acolhidos em parte, sem modificação do julgado.⁵

Naquele caso foram opostos embargos de declaração "contra acórdão que, negando provimento à apelação, manteve os óbices por força dos quais não se deferira o registro *stricto sensu* de compra e venda".

Assim dispõe o relatório do v. acórdão:

Para a solução correta do caso é necessário ter presente que os resultados do cancelamento de um cancelamento variam, conforme o primeiro cancelamento seja nulo ou válido. Isso é consequência do fato de que o cancelamento, em si mesmo, é inscrição de conteúdo negativo.

[...]

De tal sorte, cuida-se de saber se possível seria o cancelamento do cancelamento, mormente daquele que teve como berço decisão em sede correccional. O Exmo. Sr. Des. Corregedor Geral da Justiça, acolhendo o raciocínio tecido pelos eminentes Magistrados, Drs. Geraldo Francisco Pi-

⁵ Embargos Declaratórios 9000004-02-2013.8.26.0462/50000 – CSMSP, Rel. Des. Elliot Akel.

nheiro Franco e Ricardo Henry Marques Dip, concluiu no Proc. 66/89 que, definitivamente, era viável o cancelamento do cancelamento quando o ato administrativo (cancelamento) for inquinado de nulidade, e, conseqüentemente, não produz qualquer efeito, sendo, então, possível ser restaurado o registro cancelado por este cancelamento nulo. Notadamente, em primeiro plano, não se pode esquecer que todo cancelamento registrário é definitivo, ou seja, ele não se submete a um evento futuro e incerto. Ora, se assim o é, como imaginar-se o cancelamento do cancelamento. A solução aviltada pelos nobres juizes suso mencionados e acatada por Sua Exa. o Corregedor Geral da Justiça é, no todo, brilhante, uma vez que se o fundamento maior do cancelamento é a nulidade de pleno direito (art. 214 da Lei nº 6.015/73), por esse mesmo azo há de se cancelar o ato de cancelamento, isto é, se o cancelamento ordenado e realizado se mostra totalmente eivado deverá ele ser, igualmente, cancelado, pois não revestido de regularidade formal e substancial.

[...]

Ora, se o cancelamento (Av.7) era válido, a inscrição cancelada (R.5) fora realmente suprimida do mundo jurídico. O novo cancelamento (Av.8) também tira do mundo jurídico o cancelamento primitivo (Av.7). Porém, uma vez que o novo cancelamento (Av.8), por definição, só tem eficácia negativa, segue-se que não tem força bastante para dar novo vigor ao R.5, no mesmo instante em que ataca a Av.7. Para tanto, seria necessário que o cancelamento tivesse alguma eficácia positiva, ou seja, que não fosse cancelamento, e sim nova inscrição de conteúdo positivo (registro *stricto sensu* ou averbação, conforme o caso).

Não é o caso, entretanto, de cancelamento do cancelamento. O que se busca é o cancelamento de uma averbação de consolidação da propriedade pelo decurso do prazo legal de purgação de mora.

Afrânio de Carvalho, citado no mesmo acórdão, leciona que, “assim como a constituição de direitos reais por atos entre vivos se dá pela inscrição, a extinção desses direitos se opera pelo cancelamento, que é a inscrição negativa”. Completa Lysippo Garcia, também ali, que “o cancelamento da inscrição é o meio de tirar-se-lhe a eficiência, tornando público que cessaram seus efeitos e deve considerar-se inexistente”.

Ao contrário do que ocorre na hipótese de “cancelamento de cancelamento”, situação em que “a inscrição cancelada não é propriamente ‘restaurada’, pois o cancelamento do cancelamento não lhe deu nova validade ou nova eficácia⁶”, no cancelamento

⁶ Idem.

lamento da averbação de consolidação da propriedade fica restaurada a validade e eficácia do registro da alienação fiduciária em garantia e, quando for o caso de quitação da dívida, a possibilidade, também, de consolidação da propriedade agora em nome do devedor.

Observe-se que a Lei nº 6.015/1973 assim dispõe sobre o cancelamento:

Art. 250 – Far-se-á o cancelamento:

I - em cumprimento de decisão judicial transitada em julgado;

II - a requerimento unânime das partes que tenham participado do ato registrado, se capazes, com as firmas reconhecidas por tabelião;

III - a requerimento do interessado, instruído com documento hábil;

IV - a requerimento da Fazenda Pública, instruído com certidão de conclusão de processo administrativo que declarou, na forma da lei, a rescisão do título de domínio ou de concessão de direito real de uso de imóvel rural, expedido para fins de regularização fundiária, e a reversão do imóvel ao patrimônio público.

Interessa-nos o item II, que permite que sejam cancelados qualquer dos 42 atos de registro elencados no art. 167, I, da Lei nº 6.015/1973 “a requerimento unânime das partes que tenham (dele) participado”.

Ora, se a lei admite o cancelamento do registro da compra e venda, da alienação fiduciária em garantia, da arrematação ou adjudicação em hasta pública, para ficar apenas em alguns exemplos, não se justifica negar o cancelamento da averbação que consolida a propriedade, a requerimento formal das partes, apenas por ser esta meramente declaratória.

Demais disso, não se vislumbra claramente a diferença conceitual que permite o cancelamento de uma averbação de impenhorabilidade, por exemplo, e impede o cancelamento de uma averbação da consolidação de propriedade, retornando a titularidade do imóvel à situação anterior, restabelecendo-se, se for o caso, a alienação fiduciária e possibilitando ao credor que proceda à quitação da dívida ou que retome o curso do contrato de financiamento.

3 Da extinção da dívida e exoneração do credor da obrigação de prestar contas quando da realização da garantia

Cuidemos agora dos procedimentos exigidos para a liquidação da dívida e consequente realização da garantia, nos ca-

sos de consolidação da propriedade no credor fiduciário por inadimplência do devedor, detalhados, de forma clara e precisa, no artigo 27 da Lei nº 9.514/1997.

Dispõe a referida norma que o imóvel, cuja propriedade tenha sido consolidada no fiduciário, deve ser oferecido à venda em leilão público pelo valor do bem informado no contrato, devidamente revisado, ou, em segundo leilão, pelo valor mínimo correspondente ao total da dívida, acrescido de despesas e encargos.

Ao final, dispõe o § 5º do art. 27 da lei que “se, no segundo leilão, o maior lance oferecido não for igual ou superior ao valor referido no § 2º, considerar-se-á extinta a dívida e exonera o o credor da obrigação de que trata o § 4º”.

No entanto, a interpretação do comando legal do referido parágrafo foi invertida por Chalhoub (2009, p. 264), já nas primeiras edições de sua obra, fundado em relevante equívoco reiterado nas edições seguintes, ao afirmar que, “se o maior lance oferecido for recusado por não ser igual ou superior ao mínimo correspondente à dívida e às despesas, considerar-se-á extinta a dívida, exonerando-se o devedor da obrigação pelo eventual saldo remanescente”.

Com essa inversão, conferiu-se importância principal ao acessório e, a partir de então, outros autores parecem repetir instintivamente o mesmo equívoco.

Nesse sentido, Dantzger (2010, p. 107), ao tratar da incidência ou não do art. 53 da Lei nº 8.078/1990, afirma que

ocorre, em tal hipótese, um verdadeiro sistema de compensação, pois, se por um lado o fiduciante inadimplente acaba ficando sem o imóvel (que foi dado em garantia de sua dívida para com o fiduciário), por outro, se no segundo leilão não houver lance que sequer cubra integralmente o valor de sua dívida, será considerado, por força de lei, exonerado dela.

Da mesma forma, Avvad (2009, p. 296) dispõe: “se, em segundo leilão, não for alcançado o valor mínimo suficiente para liquidar a dívida, encargos e despesas, o credor dará quitação ao devedor exonerando-o de eventuais diferenças”.

Ora, já assinalamos que no procedimento adotado pela lei a extinção da dívida ocorre no momento da consolidação da propriedade, remanescendo, a partir de então, apenas o ônus da realização do ativo pelo credor para satisfação de seu crédito e apuração de eventual direito residual deferido ao devedor. Ademais, não tendo havido lance vencedor – definido e determinado –, não há, tecnicamente, como apurar *eventual saldo remanescente* da “dívida”.

No mesmo equívoco incidiu Tácito (s.d., p. 40) – que ainda enxergou um duplo benefício ao devedor no procedimento acolhido no art. 27 da Lei nº 9.514/97 –, “atribui-lhe o recebimento do excedente ao valor da dívida e, de outra parte, perdoa o saldo devedor se o lance do leilão for insuficiente para supri-lo”.

A referida inversão do comando legal transparece também em Dias Pinto (2015, p. 213), que, ao tratar dos procedimentos de consolidação da propriedade do imóvel em nome do credor, assinala que “o § 5º do art. 27 da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997, consigna um ponto desfavorável ao credor”. E justifica sua observação com um argumento desconcertante e capaz de, se comprovado, conferir abusividade e ilegalidade à operação, por exigir do mutuário vantagem manifestamente excessiva:

Cientes dessa previsão legal [a autora não informa se faz referência à extinção da dívida ou à exoneração de obrigação do credor], o que os bancos têm feito é conceder crédito, por exemplo, de no máximo 50% ou 60% do valor de avaliação do imóvel (valor atribuído pelo serviço de engenharia do banco concessor). Assim a garantia representada pela alienação fiduciária pode não ser entendida como absolutamente satisfatória (DIAS PINTO, 2015, p. 215).

No mesmo diapasão, ao tratar da limitação do aproveitamento do bem objeto da garantia, Oliva (2014), fundada nas mesmas fontes, pontua:

Destaque-se, nesse sentido, que a fragmentação da disciplina da alienação fiduciária em garantia em diferentes diplomas legais, editados em contextos diversos, produz um quadro geral heterogêneo e, em alguns aspectos, incoerente, vez que nem sempre a disparidade entre os regimes jurídicos encontra uma justificativa razoável.

Exemplo disso é a regra introduzida no § 5º do art. 27 da Lei nº 9.514/1997, que exclui a responsabilidade pessoal subsidiária do devedor na hipótese de o valor do imóvel alienado em garantia se revelar insuficiente para satisfazer integralmente o débito garantido.

Interessante, também, é o entendimento das professoras Guedes e Terra (2015, p. 17), que, ao analisar as deficiências e insuficiências da disciplina legal, assim se manifestam:

Nessa esteira, a partir da interpretação pelo método lógico, identifica-se que a intenção, a causa determinante do perdão legal previsto originalmente na

Lei nº 9.514/97 (assim como na Lei nº 5.741/1971) foi conferir tutela qualificada ao devedor em razão da especial finalidade habitacional do financiamento, cujo fundamento de validade reside na promoção do direito constitucional à moradia. O mutuário contraía o financiamento para adquirir a casa própria, e oferecia em garantia o imóvel objeto da aquisição. Nesse cenário, a extinção da dívida diante da adjudicação compulsória dirigia-se claramente à proteção do devedor que, em razão do inadimplemento, já perdera sua moradia.

Como informam as autoras em nota de rodapé, o método lógico, destacado por San Tiago Dantas, permite rejeitar uma certa interpretação, *pois que o legislador não pode ter querido absurdo*. É lícito, portanto, rejeitarmos a interpretação das referidas autoras, inicialmente por não vislumbrarmos no texto legal o chamado “perdão legal”, sendo certo que a quitação da dívida decorre, isto sim, da consolidação da propriedade, conforme art. 26, *caput* e § 7º, bem como por parecer absurdo que o legislador tenha intentado, neste ponto, proteger o devedor após determinar-lhe o perdimento da moradia.

Finalmente, Chalhub (2014, p. 779-780) reitera o entendimento ao comentar o item 35 do art. 167, I da Lei dos Registros Públicos:

Nos 30 dias que se seguirem à consolidação, o fiduciário deverá oferecer o imóvel à venda em dois públicos leilões, não cabendo ao oficial do Registro de Imóveis o controle desse prazo; no primeiro leilão, o imóvel será ofertado pelo valor que as partes tiverem estabelecido no contrato para esse fim, com as revisões que eventualmente tiverem sido convencionadas, e, no segundo, pelo valor da dívida, encargos e despesas. Os leilões são extrajudiciais. Se houver lance vencedor, o antigo fiduciário firmará com o licitante contrato de compra e venda, que poderá ser formalizado por instrumento público ou particular (Lei nº 9.514/1997, art. 38). Se a venda for realizada por valor superior ao da dívida, encargos e despesas de cobrança e leilão, o fiduciário entregará ao fiduciante o que exceder; se inferior, ou se não houver licitantes, o fiduciário dará quitação ao devedor, considerando-se extinta a dívida.

As citações doutrinárias foram aqui transcritas com o intuito de demonstrar a forma como determinados conceitos são aceitos e transmitidos reiterada e inconscientemente como verdade absoluta pelos autores, de forma que, como a água que jorra da

fonte percorre todo o curso do rio e deságua no mar, neste caso o perdimento total e definitivo de direitos pelo devedor em benefício do credor foi transformado pelos doutrinadores em perdão legal e exoneração do pagamento da dívida.

O referido comando legal (§ 5º do art. 27), no entanto, dispõe exatamente que, não havendo interessado que pague valor no mínimo igual à soma da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais, o credor poderá assenhorar-se do imóvel, ficando o devedor destituído de qualquer direito em relação aos valores pagos e o credor, agora na condição de proprietário pleno, exonerado da obrigação de apurar e entregar ao devedor o valor que sobejar em relação à eventual e futura disposição do bem.

Resta evidente que o beneficiário do disposto na norma é o credor que se torna senhor do imóvel e poderá aliená-lo no mercado ordinário, sem as amarras próprias do leilão público, estando dispensado de prestar contas e de entregar ao devedor eventual excesso que resultar da venda.

Ainda com relação ao § 5º do art. 27 da Lei nº 9.514/1997, Tepedino e Gonçalves (2016) trouxeram à lume algumas questões debatidas durante a VII Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal, no final de 2015, relativas à proposta de admissibilidade de afastamento consensual da regra contida no referido parágrafo, sempre que inexistir relação de consumo.

Novamente, encontramos a ladainha arrevesada de que a norma legal tem por finalidade proteger o contratante vulnerável, notadamente no financiamento imobiliário, a provar o acerto do dito popular sobre o uso do cachimbo que deixa a boca torta.

De acordo com os autores, extrai-se do exposto na justificativa da proposta que

o § 5º do art. 27 da Lei nº 9.514/1997 consubstancia regra particular, própria para a tutela de devedor vulnerável, não sendo razoável a sua incidência em relações paritárias, nas quais deveria prevalecer a disciplina geral das garantias reais, aplicável também à alienação fiduciária de bens móveis. Dada a especificidade da regra especial, que tem por finalidade proteger o contratante vulnerável, notadamente no financiamento imobiliário, sua aplicação poderia ser validamente afastada por contratantes em relações paritárias. Enquanto não prevalecer tal entendimento, parece inevitável o aumento das garantias exigidas, com repercussão negativa para os tomadores de financiamento.

Cumpre ressaltar que, independentemente da oportunidade de tal artigo, os autores se equivocaram já de saída, afirmando que “se, no segundo leilão, não se obtiver o valor mínimo, aceita-se o mínimo oferecido e considerar-se-á extinta a dívida”, quando, segundo a lei, no segundo leilão não se aceitará lance inferior ao valor da dívida mais encargos, tornando-se o credor fiduciário – pelo valor da dívida – senhor do bem, ao qual poderá dar a destinação que quiser sem a necessidade de prestar contas ao devedor fiduciante.

Prosseguem os autores para noticiar que,

nos termos da proposta, afastar-se-ia a regra especial quando se tratar de relações paritárias, desde que as partes assim convencionem, aplicando-se então a norma constante nos artigos 1.366 e 1.430 do Código Civil, que visa a evitar enriquecimento sem causa. Neste caso, o devedor continua responsável pelo saldo remanescente se o valor do imóvel dado em garantia fiduciária não for suficiente para o integral pagamento do credor.

Neste ponto, os articulistas – ou os proponentes – repetem o mesmo equívoco já apontado e creditado aos autores das obras citadas: não há como determinar a insuficiência do pagamento sem a alienação do imóvel oferecido em garantia e, na sistemática da lei em vigor, a alienação somente ocorrerá se ofertado, no mínimo, o valor correspondente à dívida mais encargos.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, lecionam as já referidas professoras Guedes e Terra (2015, p. 17) que “sendo essa [a proteção do devedor no financiamento imobiliário], portanto, a ‘ratio’ do perdão legal, apenas às situações com ela compatíveis deve ser aplicado”.

E prosseguem:

E não se diga que a posterior ampliação da utilização da alienação fiduciária de imóveis, que passou a garantir as obrigações em geral, teria estendido, na mesma medida, o perdão legal aos financiamentos dirigidos à finalidade que não habitacional, ao argumento de que o legislador não restringira expressamente a quitação obrigatória à hipótese originariamente prevista na Lei nº. 9.514/97. O alargamento do âmbito de incidência da alienação fiduciária de imóveis não conduz, necessariamente, à aplicação de todas as regras originalmente previstas na Lei nº. 9.514/97. A regra elaborada para atender a certa finalidade, a ela se vincula, e sua aplicação para a promoção de fins axiologicamente diversos converte a proteção origi-

nalmente legítima em favor do devedor em privilégio odioso, pelo que deve ser coibida (GUEDES; TERRA, 2015, p. 17).

No entanto, e analisando de forma proativa a questão, a proposta nos parece muito boa e bastante suficiente para resolver um dos principais entraves ao aproveitamento da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis e colocar as partes em bases – verdadeiramente – paritárias no momento da liquidação da dívida.

É evidente que, por razões negociais e estabelecimento de risco razoável, não há “paridade” na concessão de crédito (empréstimos ou financiamentos) e, na maioria absoluta dos contratos, o valor da dívida será proporcionalmente inferior ao valor da garantia ofertada, potencializando o prejuízo do tomador no caso de eventual liquidação do débito mediante execução extrajudicial.

Assim, ao se admitir a convenção das partes pelo afastamento do procedimento descrito no § 5º do art. 27 da lei – isto é, da extinção da dívida e da exoneração do credor da obrigação de entregar ao devedor o que sobejar da alienação do bem imóvel –, estar-se-á admitindo a adoção do pacto marciano (debatido na mesma jornada e também não aprovado) para a solução final da alienação fiduciária, permitindo-se ao credor *se apropriar direta e permanentemente do bem como mecanismo de satisfação da dívida, pelo valor precificado pelo mercado ou o arbitrado por terceiro independente ao tempo do vencimento da dívida, entregando ao devedor a diferença entre o valor da dívida e o preço atribuído ao bem.*

Todas as situações aqui são recorrentes e foram expostas com a intenção de colaborar para a compreensão dessas operações, sem a pretensão de estabelecer critérios de entendimento, na esperança, porém, de despertar nos envolvidos alguma razão para o aprofundamento do estudo do instituto da garantia fiduciária e, também, em busca de uma solução para a manutenção dos negócios financeiros com a almejada e necessária segurança jurídica em tempos de inquietação, porque mares tranquilos não produzem bons marinheiros.⁷

⁷ Provérbio atribuído à cultura africana.

Referências

- ARRUDA ALVIM, José Manuel de. Parecer. In: **Alienação Fiduciária e direito do consumidor**. ABECIP, s.d.
- AVVAD, Pedro Elias. **Direito Imobiliário**. Teoria Geral e Negócios Imobiliários. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- CHALHUB, Melhin Namen. **Alienação Fiduciária, Incorporação Imobiliária e Mercado de Capitais** – Estudos e Pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.
- CHALHUB, Melhin Namen. **Direitos Reais**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- CHALHUB, Melhin Namen. **Negócio Fiduciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- DANTZGER, Afrânio Carlos Camargo. **Alienação Fiduciária de bens imóveis**. 3. ed. São Paulo: Método, 2010.
- DIAS PINTO, Josiane Mendes Gomes. Garantia real de imóveis no Brasil. **Revista da ADVOCEF**, Porto Alegre, n. 21, p. 213-238, nov. 2015.
- GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; TERRA, Aline de Miranda Valverde. Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis: possíveis soluções para as deficiências e insuficiências da disciplina legal. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, 2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/wp-content/uploads/2015/08/Guedes-e-Terra-civilistica.com-a.4.n.1.2015.pdf>>. Acesso em: 6 ago. 2016.
- KUMPEL, Vitor Frederico. Alienação Fiduciária em Garantia II. **Migalhas**, 25 mar. 2014. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI197788,71043-Alienacao+Fiduciaria+em+Garantia+II>>. Acesso em: 3 ago. 2016.
- OLIVA, Milena Donato. **Do negócio fiduciário à fidúcia**. São Paulo: Atlas, 2014.
- TÁCITO, Caio. **Alienação Fiduciária e Direito do Consumidor**. São Paulo: ABECIP, s.d.
- TEPEDINO, Gustavo; GONÇALVES, Marcos Alberto Rocha. Lições da VII Jornada de Direito Civil: tendências do direito das coisas. **Consultor Jurídico**, 8 fev. 2016. Não paginado. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-08/direito-civil-atual-lico-es-vii-jornada-direito-civil-tendencias-direito-coisas>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

Multipropriedade: caracterização como um direito pessoal ou um direito real?

Cyntia Moreira Álvares

Advogada em Minas Gerais

*Graduada na Pontifícia Universidade
Católica de Minas Gerais*

RESUMO

Este trabalho traz um estudo acerca da multipropriedade, instituto que teve nascimento na França e foi disseminado e utilizado com maior incidência no continente europeu. No Brasil, o instituto da multipropriedade ainda é uma ideia inovadora e promissora. Este trabalho traz uma vertente que estuda o referido instituto em Portugal, o qual recebe o nome de Direito de Habitação Periódica. A principal discussão a respeito do tema no Brasil é se o instituto se adequa mais como um direito real ou direito pessoal. No entanto, como se sabe, os direitos reais estão elencados em um rol taxativo em nosso Código Civil/02, não podendo esse instituto, pelo menos em tese, se caracterizar como um direito real, ainda que apresente a maioria de suas características. Por fim, este trabalho tem como intuito abordar de forma abrangente os direitos reais e suas características, para uma posterior análise do instituto da multipropriedade.

Palavras-chave: Direito Real. Direito Pessoal. Multipropriedade. Direito de Habitação Periódica.

ABSTRACT

This paper presents a study about timeshares, an institute that was born in France, and is disseminated and used with greater incidence in Europe. In Brazil, timeshares Institute is still an innovative and promising idea. This work brings a shed studying the institute in Portugal, in this country, the institute is named as Right Ownership. The main discussion on the subject in Brazil is the institute fits more like a real right or personal right. However, as you know, the actual rights are listed in an exhaustive list in our Civil Code / 02 can not this institute, at least in theory, be characterized as a right also to submit most of its features. Finally, this work is intended to address comprehensively the actual rights and their characteristics, for further analysis of timeshares Institute.

Keywords: Real Right. Personal Right. Timeshares. Right of Ownership.

Introdução

O instituto a ser estudado no presente trabalho trata-se de um direito já antigo e muito utilizado em diversos países, principalmente nos Estados Unidos e no continente europeu, a multipropriedade, também conhecida pelo termo inglês *time sharing* ou ainda por *tempo compartilhado*.

Esse instituto se mostra inovador e confuso no âmbito do direito nacional, mas são vários os doutrinadores que tentam explicar esse regime de propriedade, de forma a enquadrá-lo ora sob a égide do direito real, ora sob a do direito pessoal.

Em nosso país não há regulamentação específica sobre a multipropriedade, dificultando assim sua aplicação no meio jurídico. Já houve a tentativa de implementar essa ideia de tempo compartilhado, através da Deliberação Normativa nº 378 de 12 de setembro de 1997, porém ela não prosperou devido a vários motivos, que serão tratados ao longo deste trabalho.

Ainda assim, doutrinadores, bem como o próprio Poder Judiciário, continuam na busca incessante da utilização do instituto da multipropriedade como forma de garantir um melhor aproveitamento da propriedade.

Neste aspecto, a discussão gira em torno da natureza jurídica da multipropriedade, tendo em vista que várias de suas características permitem perfeitamente a sua classificação como um direito real.

Mas, como é de entendimento geral, os direitos reais estão vinculados ao princípio da tipicidade, que determina os chamados *numerus clausus*. Diante dessa confirmação do princípio da tipicidade, sob uma ótica crítica, este trabalho abordará de forma abrangente se a tipicidade é um fator determinante ou não para a classificação da multipropriedade como um direito real.

A abordagem buscada neste estudo tem como foco estudar de forma mais aprofundada se apenas as características de direito real inerente à multipropriedade seriam suficientes para denominá-la como tal ou seria necessária uma reformulação legislativa no que tange ao art. 1.225 do Código Civil de 2002, para a inclusão desse direito em seu rol taxativo.

Ainda, este artigo utiliza como parâmetro o instituto já existente em Portugal, conhecido como Direito de Habitação Periódica, buscando, de forma mais aprofundada, abordar esse direito sob uma ótica de aproximação do que poderia ser utilizado no Brasil.

O referido instituto foi utilizado como parâmetro, tendo em vista seu caráter real em Portugal, o que também se adequaria no Brasil, devido à segurança que um direito dessa espécie traz.

Ademais, este trabalho tem também como objetivo demonstrar, com a própria lei portuguesa, as principais características, como forma de constituição, transmissão, duração e regulamentação do Direito de Habitação Periódica, buscando fazer uma comparação dos direitos reais e direitos pessoais, para melhor compreensão da temática em questão.

Em última análise, a temática será abordada sob a ótica jurisprudencial, através de um estudo de caso do Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

1 O que é Direito Real?

Existem três correntes que trabalham a temática apresentada, e elas divergem a respeito do referido instituto. São as chamadas teorias Dualista, Unitarista e Eclética.

A primeira corrente, conhecida como Teoria Clássica, Realista ou Dualista, é aquela que defende ser o direito real um direito imediato e direto sobre uma coisa ou um bem jurídico incorpóreo ou corpóreo, que está sujeito a uma valoração econômica. Trata-se de um direito exercido perante todos, isto é, *erga omnes*. Interpretado como um direito subjetivo absoluto. Aqui, o direito real independe de participação de outra pessoa. Defende-se a ideia de que não há diferença estrutural entre os direitos reais e os direitos pessoais.

Essa corrente é defendida por Lafayette Rodrigues Pereira e sofre críticas no sentido da impossibilidade da existência de relação jurídica entre pessoas e coisas, bem como no que tange à oponibilidade *erga omnes*, tendo em vista que não se trata de uma faculdade exclusiva dos chamados direitos reais.

A segunda corrente, conhecida como Personalista ou Unitarista, teve como seu fundador o alemão Windscheid, que vê o direito real como uma obrigação passiva universal, tendo em vista que a sociedade como um todo é o sujeito passivo dessa obrigação.

Sendo assim, o sujeito passivo dessa obrigação é indeterminado. Defende-se uma diferença estrutural entre os direitos reais e o direito pessoal.

A corrente unitarista foi influenciada por Kant, sob a ótica de que o direito é uma relação entre pessoas, não existindo relação entre pessoa e objeto.

A terceira e última corrente em análise é a chamada Teoria Eclética. Essa, por sua vez, defende que existe internamente uma relação jurídica entre pessoa e objeto, mas que externamente se

trata de relação jurídica entre pessoa e pessoa, no sentido de que os direitos reais tratam de situações jurídicas de pessoas em relação aos bens materiais.

Bessone (1998, p. 4) defende a primeira corrente, Clássica, e conceitua os Direitos Reais como:

O direito real consiste no poder jurídico da pessoa sobre a coisa, oponível a terceiros (*erga omnes*), tal é o conceito formulado pela Escola Clássica [...]. Isto significa que, no direito real, há um sujeito ativo, mas não há um sujeito passivo.

No que concerne à teoria personalista, Moreira e Fraga (1970, p. 119) conceituam o direito real como:

[...] precisando o conceito de direito real, definimo-lo-emos como o poder de exigir de todos os outros indivíduos uma atitude de respeito pelo exercício de determinados poderes sobre uma coisa, ou, por outras palavras, o poder de exigir de todos os outros uma atitude de respeito pela utilização da coisa em certos termos por parte do titular activo.

Rodrigues (2009, p.3), que também defende a teoria personalista ou dualista, conceitua: “O direito das coisas é o conjunto das normas que regulam as relações jurídicas entre os homens, em face às coisas corpóreas, capazes de satisfazer às suas necessidades e suscetíveis de apropriação”.

No que tange ao entendimento de Ascensão (1987), ele demonstra uma severa crítica no tocante à relação jurídica entre sujeito ativo e objeto, discordando dos dois últimos conceitos demonstrados.

Para esse autor em específico, a relação jurídica somente pode se dar quando há a predeterminação dos dois polos (ativo e passivo), sendo esse requisito indispensável para a caracterização de uma relação jurídica.

No entanto, os direitos reais, como demonstrado, não têm sujeito passivo determinado.

Dessa forma, a não concordância de Ascensão (1987) é na afirmativa de o direito real estabelecer uma relação jurídica entre o sujeito ativo e toda a sociedade, como sujeitos indeterminados. Para ele, os terceiros que figuram no polo passivo não estão à frente do direito real, em uma relação jurídica que irá competir a esses uma obrigação passiva universal.

Pelo contrário, o sujeito ativo, como detentor do direito real, faz nascer uma situação jurídica através da qual esse direito deve ser respeitado por todos.

Conquanto, caso esse direito venha a ser desrespeitado, nesta situação, pode-se falar em relação jurídica, em que haverá uma responsabilização em relação ao sujeito passivo, que agora sim estará fazendo parte da relação jurídica.

1.1 Características dos Direitos Reais - eficácia absoluta

Essa característica não demonstra o poder ilimitado dos titulares dos direitos reais, pelo contrário, os direitos reais têm essa peculiaridade no que diz respeito à sua eficácia absoluta, o que quer dizer que esse direito é oponível contra todos, *erga omnes*.

A eficácia absoluta dá ao titular do direito real a possibilidade de exercer seu direito em face de qualquer pessoa, impondo a qualquer um o dever de respeitar o seu direito.

Em síntese, como bem salientam os professores Farias e Rosenvald (2007, p. 29):

vale dizer que os direitos reais podem ser classificados como poderes jurídicos, pois concedem a seu titular verdadeira situação de dominação sobre um objeto. Este poder agir sobre a coisa é oponível *erga omnes*, eis que os direitos reais acarretam sujeição universal ao dever de abstenção sobre a prática de qualquer ato capaz de interferir na atuação do titular sobre o objeto.

Não existe para o direito real um sujeito passivo determinado, diferente do Direito Pessoal que desde sua constituição sempre demonstra a existência de um sujeito passivo determinado ou pelo menos determinável.

O direito real impõe a toda sociedade um dever de abstenção ao direito do titular.

Sequela

Esse princípio decorre da eficácia absoluta dos direitos reais e trata-se de uma importante característica desses direitos. É através da sequela que há a perspectiva de que o direito persegue a coisa, atingindo qualquer ocorrência que sobrevenha a esse bem.

Essa característica demonstra a inerência do direito real ao objeto, dá ao titular do direito real a possibilidade de reivindicá-lo em face de terceiros independentemente de onde esses se encontrem.

Em outras palavras, os direitos reais acompanham a coisa em qualquer circunstância, não importando o poder sob o qual ela se encontre. A sequela também tem relação com a terceira característica que iremos tratar a seguir, a inerência.

Inerência

Essa característica também está ligada à eficácia absoluta dos direitos reais assim como o princípio da sequência. Quer dizer que, ainda que o bem passe por diversos sujeitos, a coisa continua a ser um objeto do direito real.

Significa que a coisa que institui seu objeto tem a aderência do direito real, o que justifica sua característica de oponibilidade *erga omnes*.

Forma de aquisição

Os direitos reais podem ter como forma de aquisição a usucapião, que nada mais é que a aquisição pelo uso, direito de domínio que um indivíduo adquire sobre um bem móvel ou imóvel em função de utilização por determinado lapso de tempo, de forma contínua e ininterrupta.

Quanto aos encargos

Mário (2012) explica que o titular de um direito real que não tem mais como suportar os encargos desse direito tem a faculdade de abandoná-lo. Em contrapartida, em relação aos direitos pessoais não é possível esse abandono dos encargos.

Atualidade

Essa característica demonstra que o direito real tem que existir na constituição do direito, essa regra quer dizer que o direito real não pode existir sobre coisa que ainda não exista. Porém, existem exceções, como é o caso da safra rural.

Preferência

Em regra, essa característica está presente nos direitos reais de garantia. Na definição de Costa (2006, p. 112): “o direito de preferência consiste no facto do direito real superar todas as situações jurídicas mesmo incompatíveis, posteriormente constituídas sobre a coisa em que incide e sem concurso da vontade do titular daquele”.

Trata-se de uma regra geral, que estabelece que o direito real se sobrepõe ao direito pessoal, demonstrando assim sua força, direito “mais forte”.

É a possibilidade de hierarquização. Essa característica decorre do princípio da sequência.

Apesar da preferência de se tratar de uma regra geral, existem exceções, sendo assim, nada impede que o legislador confi-

ra a preferência a um direito pessoal em detrimento de um direito real.

Importante ressaltar que a preferência se diferencia da prevalência. A prevalência é a hierarquização entre os próprios direitos reais.

Publicidade

É um princípio destinado com ênfase aos bens imóveis, tem como objetivo produzir efeitos em face de terceiros, por isso a importância dos Registros de Imóveis, que têm como objetivo tornar público que determinada pessoa é proprietária de um bem. A publicidade é de fundamental importância, visto que traz segurança jurídica em relação às transações econômicas.

2 *Numerus Clausus* - tipicidade como fator determinante

O princípio que rege os *numerus clausus* é o princípio da tipicidade. Esse princípio está para o direito civil assim como o princípio da tipicidade penal está para o direito penal. Isso quer dizer que, da mesma forma que não há crime sem lei anterior que o defina, também não existe direito real sem lei anterior que o defina.

Ao se tratar de direitos reais, temos um rol taxativo, isto é, estamos diante de *numerus clausus*, uma enumeração fechada. Para o autor português Cordeiro (1993, p. 56):

O tipo traduz uma descrição ordenada a que podem ser reconduzidas as realidades pretendidas, por oposição ao conceito abstrato, que, mercê de um critério geral, permite, nele, subsunção das mesmas realidades e por oposição ainda às próprias realidades em si.

Alvim (2000, p. 104) chama atenção no sentido de que somente os direitos constituídos e configurados à luz dos tipos rígidos e exaurientes que são consagrados no texto positivo é que poderão ser tidos como reais. Isso significa que, não respeitado o modelo jurídico legal, o negócio jurídico realizado limitar-se-á a produzir eficácia obrigacional.

Entretanto, admoesta o autor que há liberdade nos negócios que envolvem direitos reais, pois o cerceamento da liberdade concerne apenas à sua configuração, visto que a sua descrição é imutável, não sofrendo influxos da realidade social. Assim sendo, para a criação de novos direitos reais é necessária a reserva legislativa.

Com o intuito de conservar a eficácia absoluta do direito de propriedade, o modelo *numerus clausus* foi elaborado. Porém, em meados do século XIX, com receio de possíveis restrições que o Estado poderia obstar, o legislador elaborou uma lista, a qual estendeu os direitos reais. Alguns direitos anteriormente considerados reais foram excluídos, dando lugar a novos.

O nosso atual Código Civil de 2002 elenca os direitos reais em seu art. 1.225, os quais são classificados em propriedade, superfície, servidões, usufruto, uso, habitação, direito do promitente comprador do imóvel, penhor, hipoteca, anticrese, concessão de uso especial para fins de moradia e, por fim, concessão de direito real de uso:

Art. 1.225. São direitos reais:

- I - a propriedade;
- II - a superfície;
- III - as servidões;
- IV - o usufruto;
- V - o uso;
- VI - a habitação;
- VII - o direito do promitente comprador do imóvel;
- VIII - o penhor;
- IX - a hipoteca;
- X - a anticrese;
- XI - a concessão de uso especial para fins de moradia;
- XII - a concessão de direito real de uso.

Há uma subdivisão dos direitos reais sobre coisa própria, qual seja a propriedade, e direitos reais sobre coisas alheias, que são enfiteuse, servidões, superfície, uso, usufruto, habitação, direito do promitente comprador do imóvel, anticrese, penhor, hipoteca, concessão de uso especial para fins de moradia, propriedade fiduciária e concessão de direito real de uso.

2.1 Tipicidade

A tipicidade pode tanto ser aberta quanto fechada, sendo que em relação a última é o legislador que estabelece os moldes, e aquilo que não se amoldar ao estabelecido não é considerado jurídico.

Esse princípio da tipicidade, apesar de se encontrar próximo à característica *numerus clausus*, não se confunde com esta, pois trata-se de uma técnica genérica que não permite a formulação de determinações genéricas e cláusulas gerais e, portanto, fornece uma regulamentação.

Se houvesse tipicidade, não existiria qualquer espaço para autonomia privada inovar dentro dos direitos reais forjados pela norma.

O fato de existirem direitos reais típicos no rol do art. 1.225 do Código Civil certamente impede a criação de novos direitos reais, mas não elimina a possibilidade de modelação expansiva dos direitos reais já existentes. É o que elucidam Farias e Rosenvald (2007, p. 38).

Dessa forma, a rigidez na produção dos tipos não é absoluta, o princípio da tipicidade pode ser compreendido dentro de uma ótica extremamente rígida ou brandamente rígida.

Para Ascensão (1987), para ser um direito real não é necessária a asserção do legislador, afirmando que o direito por si só, trata-se de um direito real. Para o autor português, basta que haja a observância dos requisitos essenciais desses direitos. Ele assevera:

[...] tipicidade diz respeito tão-somente ao monopólio reservado à lei para a criação de direitos reais, nada impedindo que, uma vez criado pela lei, um direito seja qualificado como real, nada obstante não tenha recebido essa epígrafe, mas em razão do regime a que é submetido (ASCENSÃO, 1987, p. 395).

Assim, como pode ser observado, existem defensores no sentido de que os direitos reais são tão somente aqueles elencados na legislação aplicável, não podendo haver criação ou mutação dos direitos reais sem a devida observância da reserva legislativa. Mas também existem doutrinadores que defendem que o fator determinante para ser um direito real, não é exclusivamente o fato de estar tipificado como um direito real. Isso significa que, se um direito que não é classificado como real, contiver todas as características contundentes de um direito real, não poderá deixar de ser classificado como tal, pelo mero fato de não estar tipificado.

3 Multipropriedade

Multipropriedade, também conhecida como *time sharing* ou aproveitamento por turno, é um instituto ainda não utilizado no sistema jurídico brasileiro. Esse instituto permite o compartilhamento de espaços de tempo entre diversos coproprietários, a utilização adequada da propriedade, com o devido cumprimento da função social da propriedade.

Segundo Tepedino (1993, p. 1, grifos nossos), o conceito de Multipropriedade se define da seguinte forma:

O termo multipropriedade designa, genericamente, a relação jurídica de aproveitamento econômico de uma

coisa móvel ou imóvel, repartida em unidades fixas de tempo, de modo que diversos titulares possam, cada qual a seu turno, utilizar-se da coisa com exclusividade e de maneira perpétua.

Já Oliveira Jr. e Christofari (2000, p. 1, grifos nossos) conceituam Multipropriedade da seguinte maneira:

Relação jurídica de aproveitamento econômico de uma coisa móvel ou imóvel, coisa essa repartida em unidades fixas de tempo, de modo a permitir que diversos titulares possam utilizar-se daquela coisa com exclusividade, cada um a seu turno, de maneira perpétua ou não.

Segundo Diniz (2002, p. 212) Multipropriedade é “uma espécie condominial relativa aos locais de prazer, pela qual há um aproveitamento econômico de bem imóvel (casa, chalé, apartamento), repartido, como ensina Gustavo Tepedino”.

O sistema de revezamento de utilização/aproveitamento da propriedade tem efetiva utilização em diversos países, sendo intitulado de diversas formas. Teve início na França, denominado como *multipropriété*, posteriormente, tal instituto foi investigado pela Itália e nomeado como *proprietá spazio temporale*, seguida por Portugal e Espanha, cujos termos são *direito de habitação periódica* e *Multipropriedade*, respectivamente.

A multipropriedade afasta-se dos institutos costumeiros, já utilizados em nosso ordenamento. Esse instituto permite a pluralidade de direitos individuais sobre um mesmo objeto, que é utilizado pelos titulares em caráter exclusivo, porém em espaços temporais alternados.

A multipropriedade traz consigo o real cumprimento da função social da propriedade, e tem como ideal evitar a inatividade da propriedade, ampliando a capacidade produtiva, extinguindo os períodos de desocupação, dispondo o acesso a tais bens a mais de um proprietário, bem como repartindo seus custos.

O direito que é atribuído ao multiproprietário traz ao seu titular o direito de gozar, fruir e dispor do bem. Quanto ao gozo do imóvel, permite a multipropriedade que seja perpétuo ou periódico.

No que tange ao dispor, essa transferência do bem pode dar-se tanto *inter vivos*, quando *causa mortis*.

O que diferencia a multipropriedade da propriedade comum é o acréscimo do espaço temporal de uso de cada cotitular do direito. Cada um dos titulares tem direito a uma fração ideal do terreno, que demonstra propriedade exclusiva e contínua dentro de um espaço de tempo indicado.

Sendo assim, pode-se considerar que todos os cotitulares da propriedade compartilhada são a todo tempo proprietários do bem, mas, no tocante à posse, esta é temporária conforme estabelecido na escritura da propriedade.

Isso implica que, ainda que outro titular do direito esteja exercendo sua posse e propriedade do bem, os demais cotitulares não perdem seus postos de proprietários do referido bem.

Esse instituto não permite a transitoriedade e a divisibilidade (precariedade legal da indivisão) da propriedade, visto que a autorização destas arruinaria o pilar do objetivo do direito do cotitular da multipropriedade, colocando em contraposição a liberdade de contratar do multiproprietário.

No Brasil, encontramos grande dificuldade em estudar tal instituto, tendo em vista que, aqui, trata-se de instituto inovador, não tendo nenhuma legislação a respeito. No entanto, levando em consideração aspectos gerais e comuns do instituto utilizados em outros países, é possível observar que há sempre uma relação do instituto com a temática turismo e a transmissão/cessão de imóvel vinculado a um espaço de tempo.

É através da comparação desse instituto dentre tantos países e por analogia que podemos fazer uma construção da multipropriedade no Brasil.

Apesar de a multipropriedade não ser utilizada no Brasil, vários autores tentam de forma incisiva explicar tal instituto, visto que ele ainda não possui natureza jurídica. Para tanto, tentam distinguir propriedade resolúvel e propriedade temporária, que podem trazer alguma confusão em relação à multipropriedade.

No que concerne à propriedade resolúvel, Beviláqua (1942, p. 56) determina esse instituto como:

Propriedade resolúvel é a que encontra, no seu título constitutivo, uma razão de sua extinção, ou seja, as próprias partes ou a lei estabelecem uma condição resolutiva. É o que se dá no fideicomisso, com a propriedade do fiduciário, na doação, com cláusula de reversão, e na retrovenda, com o domínio do comprador. É aquela que no próprio título de sua constituição encerra o princípio que a tem de extinguir, realizada a condição resolutória, ou vindo o termo extintivo, seja por força da declaração de vontade, seja por determinação da lei.

O proprietário resolúvel tem plenos poderes para agir como proprietário, a limitação é tão somente em relação à duração de seu direito. Sendo assim, pode esse proprietário alienar o bem, no entanto o comprador estará sujeito ao mesmo fato extintivo,

não existe vedação no sentido de que o proprietário resolúvel não pode constituir direitos reais, no entanto a realização do evento os extingue.

A multipropriedade também não se confunde com a propriedade resolúvel, tendo em vista que não existe termo ou condição para que ela acabe, e o terceiro adquirente que por ventura venha a comprar o bem não deve se preocupar com a condição resolúvel da propriedade, pois a única limitação na multipropriedade se dá em relação ao lapso temporal da posse e não em relação à propriedade.

Já a propriedade temporária como regra geral podemos explicar da seguinte forma: temos a propriedade como um direito de duração ilimitada, não comportando de início a condição resolutiva ou termo final; porém, apesar de sua natureza irrevogável, existem algumas excepcionalidades quanto ao princípio da irrevogabilidade, por exemplo, quando é admitido em algumas situações que a propriedade seja por um tempo determinado, isto é, assim que cessado o tempo estabelecido, a propriedade será revogada.

Nessa linha de raciocínio, a propriedade temporária é aquela que é adquirida para durar por um tempo determinado, onde seu titular por força de algum acontecimento está sujeito a perdê-la. Um exemplo seria a revogação da doação por ingratidão do donatário.

Em contrapartida, no instituto multipropriedade há também uma limitação no tempo, porém o fator tempo funciona como fator determinante no domínio da coisa, não se perde a propriedade do bem imóvel, mas tão somente se limita o domínio em relação ao módulo temporal alternado.

Dessa maneira, a multipropriedade não se confunde com nenhum dos institutos anteriormente mencionados. Com a propriedade temporária não pode se confundir, dado que esta é regulamentada pelo nosso ordenamento jurídico e a multipropriedade não tem regulamentação legislativa. Muito menos pode ser confundida com a propriedade resolúvel, pois, como já salientado, a propriedade resolúvel tem termo extintivo e em contrapartida a multipropriedade tem como característica a perpetuidade, uma das características dos direitos reais.

Apesar da não regulamentação da multipropriedade em nosso ordenamento jurídico, também não existe em nosso complexo de leis norma que proíba a adoção da multipropriedade no País.

Em 1997 houve a tentativa de aplicação do sistema de tempo compartilhado no Brasil. O Ministério do Turismo no Brasil foi o órgão que tentou tratar sobre o tema através da Delibera-

ção Normativa nº 378 de 12 de setembro de 1997. Essa deliberação em seu art. 1º trazia que:

Art.1º - é reconhecido, para todos os efeitos, o interesse turístico do Sistema de Tempo Compartilhado em Meios de Hospedagem de Turismo, pela cessão pelo prazo mínimo de 05 (cinco) anos e a qualquer título, do direito de ocupação de suas unidades habitacionais, por períodos determinados do ano.

Tal dispositivo trazia uma limitação/restrrição do instituto da multipropriedade, visto que determinava um prazo de cinco anos para a extinção do direito.

Em razão dessa criação, o Instituto Brasileiro de Turismo chegou a criar uma espécie de cadastro, em que abrangia uma lista de empreendedores, comerciantes de intercâmbio do sistema de tempo compartilhado, de forma que somente aqueles que preenchessem com êxito todos os requisitos poderiam operar no País a multipropriedade.

A tentativa foi em suma atraente, mas não vigorou, por surpreender e inovar demais. Trouxe uma confusão, utilizou-se de institutos jurídicos inadequados, que não traziam segurança jurídica, e infalibilidade do objeto dos contratos, pois não configurava um direito real.

Dessa forma, desprovido de normatização legal, o surgimento, a aquisição e a subordinação da multipropriedade tem a real necessidade de ajustamento legal, em razão da carência de regulamentação no direito privado.

3.1 Modos de constituição da Multipropriedade

Existem várias formas de constituição da multipropriedade, porém as mais conhecidas são a multipropriedade acionária, a multipropriedade imobiliária, a multipropriedade hoteleira e a multipropriedade obrigacional.

Abordaremos de forma mais enfática a segunda modalidade (imobiliária), por associar-se com o Direito de Habitação periódica, que a seguir também será explorado e que está sendo usado como parâmetro para a instauração da multipropriedade no Brasil, na linha de raciocínio deste artigo.

A seguir uma breve abordagem de forma individualizada sobre cada um desses modos de constituição, porém com maior enfoque na segunda modalidade (imobiliária).

a) Multipropriedade Acionária: essa modalidade foi mais aplicada na Itália, onde não foi considerado um direito real.

Nessa modalidade, depois de composta uma sociedade anônima, esta passa a ser proprietária do imóvel e terá sua utilização compartilhada. Nessa forma de constituição, o foco é a criação de ações específicas, as quais têm como objetivo demonstrar a porção de tempo que o titular poderá utilizar-se do bem.

b) Multipropriedade Imobiliária: esse modelo é o que mais se aproxima do instituto utilizado em Portugal, Direito de Habitação Periódica, e que melhor se enquadraria no Brasil. Essa modalidade de constituição tem como pilar a viabilidade de conceder um direito real pleno ou ilimitado aos diversos titulares. Nessa modalidade de constituição, existem duas espécies: uma que tem como pilar a viabilidade de conceder um direito real de propriedade, desde que seja para utilização, e uma segunda modalidade, a qual se fundamenta com base em um direito real ilimitado com intento de habitação, usufruto ou criação de um instituto que permita o compartilhamento da propriedade. Esta última modalidade se derivou do chamado condomínio especial, porém com as suas peculiaridades.

c) Multipropriedade Hoteleira: nessa modalidade, em arrendamento a uma empresa hoteleira os multiproprietários oferecem aos primeiros a responsabilidade de estes darem à propriedade um aproveitamento efetivo. Aqui, há o incentivo do setor hoteleiro, o objetivo é eliminar os espaços temporais de exígua ocupação, sendo que os cotitulares têm o papel de manter o hotel preenchido e o hotel será responsável pela administração do imóvel.

d) Multipropriedade Obrigacional: trata-se de forma de constituição mais rara. Nessa forma considera-se o contrato de aproveitamento por turno um simples direito obrigacional.

3.2 Direito de Habitação Periódica - Portugal

Agora, uma análise explicativa e comparativa sobre o instituto da Habitação Periódica, que muito se aproximaria da multipropriedade, caso este instituto venha algum dia a ser sistematizado em nosso ordenamento jurídico.

O Direito de Habitação Periódica é um instituto utilizado em Portugal e sua criação adveio do Decreto-Lei nº 355 de dezembro de 1981, sendo considerado um direito real, conforme estabelece o art.1, a seguir transcrito:

ARTIGO 1.º (Direito de habitação periódica)

1 - Sobre um imóvel ou um conjunto imobiliário urbanos destinados a fins turísticos, ou sobre as respectivas fracções, podem constituir-se, **com eficácia real**, direitos de habitação limitados a período certo de tempo de cada ano, com duração mensal.

2 - Quando o direito de habitação previsto no número antecedente não abranja todo um imóvel, só pode incidir sobre fracções autónomas do mesmo que, além de constituírem unidades independentes, sejam distintas e isoladas entre si e tenham saída própria para uma parte comum do prédio ou para a via pública.

3 - Entende-se por conjunto imobiliário, para os efeitos do presente diploma, o conjunto de prédios urbanos destinados fundamentalmente a habitação, e a cujos utentes se encontram globalmente afectados, a recreio e outros fins, determinados serviços instalações e áreas de terreno ou de construção integrados no conjunto.

4 - Os imóveis ou conjuntos imobiliários, para os efeitos da aplicação do presente diploma, não podem pertencer a mais de uma pessoa individual ou colectiva.

5 - **Consideram-se destinados a fins turísticos**, para os efeitos do presente diploma, o imóvel ou o conjunto imobiliário urbanos como tal classificados, a requerimento do proprietário, pela entidade competente para aprovar o respectivo projecto.

6 - O pedido de classificação previsto no número anterior pode ser formulado conjuntamente com o pedido de autorização do loteamento do terreno em que o imóvel ou o conjunto imobiliário se integram, com o pedido de aprovação do projecto de construção correspondente a estes, ou, posteriormente, com base neste projecto. (grifos nossos)

Tal instituto foi criado com o intuito de resolver a questão do uso das habitações turísticas. Essas habitações somente são utilizadas por seus donos em períodos curtos do ano, o que ocasiona um não aproveitamento satisfatório da propriedade.

Em Portugal algumas empresas, vislumbrando esse cenário, passaram a alienar direitos sobre bens imóveis sob períodos limitados. Conforme o art. 1 desse referido decreto, o direito versa sobre imóveis e/ou conjuntos imobiliários urbanos designados a fins turísticos, ou ainda sobre uma fração destes. Pode recair também sobre um prédio ou uma unidade deste, ou sobre um conjunto cuja destinação é turística. Porém é importante ressaltar que o direito de habitação periódica, ainda que recaia sobre uma unidade, atinge também as partes comuns.

Quanto à duração do direito real de habitação periódica, está sempre restrita a um período de tempo no ano. A repartição do tempo se faz por meses. No entanto, é perfeitamente possível que um sujeito tenha o direito por vários meses, intercalado ou continuado.

Em regra, esse instituto tem uma natureza perpétua, característica esta dos direitos reais, sendo essa determinação articulada no art. 4º do Decreto 355/81:

ARTIGO 4.º (Duração do direito de habitação periódica)

O direito de habitação periódica **é de sua natureza perpétuo**, mas poderá ser-lhe fixado no respectivo título constitutivo um limite de duração, caso a propriedade se ache constituída no regime de direito de superfície.

Porém, o mesmo artigo excepciona a regra. Como é possível notar, o direito real de habitação periódica poderá ter limite em sua duração temporal.

Ascensão (1987) faz uma observação em relação a essa excepcionalidade. O autor argumenta que a previsão é infeliz, pois:

Se o direito de superfície é temporário, não adianta nada dizer que pode ser fixado no título constitutivo um limite de duração para o direito de habitação periódica, pois que, mesmo sem a previsão, esse direito não deixaria de se extinguir pelo decurso do prazo, nos termos do art. 539 do Código Civil. Se quis dizer que nesse caso pode haver uma duração menor que a do direito de superfície, não se percebe porque aqui se pode pactuar o tempo e duração, e não havendo direito de superfície não pode (ASCENSÃO, 1987, p. 476).

Para a constituição do direito de habitação periódica, há alguns pressupostos a serem cumpridos, os quais estão elencados no art. 2º do Decreto nº 355/81, que diz:

ARTIGO 2.º (Pressupostos da constituição do direito de habitação periódica)

1 - O direito de habitação periódica não pode ser constituído sem que o proprietário do imóvel ou do conjunto imobiliário declare, em escritura pública, a sua classificação como **destinados a fins turísticos**, a sua composição e as parcelas habitacionais em que se divide o respectivo uso, com indicação do seu objecto material e do período de tempo a que respeitam, e sem que este título seja inscrito no registro predial.

2 - Na descrição e designação das fracções referidas nos números 1 e 2 do artigo 1.º, serão observadas, com as necessárias adaptações, as regras vigentes para a propriedade horizontal.

3 - De cada conjunto imobiliário será feita, no registro predial, uma só descrição, a menos que no respectivo projecto, e nas respectivas aprovações e licença de construção, tenha sido prevista a sua execução por fases, hipótese em que a descrição, para efeitos de registro, se pode referir a cada fase.

A destinação para fins turísticos é um pressuposto essencial para a caracterização do direito real de habitação periódica, sendo necessária a incidência desse direito sobre prédio, fração de um prédio ou sobre outra propriedade desde que tenha fins turísticos.

Conforme explica Ascensão (1987, p. 475), quando recai sobre um prédio, a fração é caracterizada de maneira paralela à que se utilizou para a propriedade horizontal.

Porém, apesar da semelhança entre o direito real de habitação periódica e a propriedade horizontal, os institutos não são idênticos. Ascensão (1987) aduz que o direito de habitação periódica é um direito real menor, já a propriedade horizontal é uma propriedade especial.

O que aproxima esses dois institutos é o fato de que sobre as partes comuns recai um direito do titular de habitação periódica, tendo em vista que o proprietário da unidade não pode proceder como quiser no tocante às áreas comuns da propriedade horizontal. Assim, nessas áreas comuns as inovações, reformas, alterações a serem feitas estarão sempre sujeitas à aprovação da maioria dos titulares.

Pode-se concluir que o direito real de habitação periódica ainda quando incide sobre um fragmento, uma unidade, abrange também as partes comuns, como na propriedade horizontal.

Observamos assim as principais características do instituto direito de habitação periódica, muito utilizado em Portugal e que se adequaria ao que poderia ser utilizado no Brasil.

3.3 A Multipropriedade no Brasil e decisão do TJSC

Como já ressaltado em subtítulos anteriores, o instituto em estudo não é regulamentado em legislação nacional, no entanto existem decisões judiciais reconhecendo a aplicabilidade da multipropriedade no Brasil, como é o caso da Apelação Cível nº 2008.019293-6, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

O julgado em questão foi analisado pela Terceira Câmara de Direito Civil, cuja relatora foi a Desembargadora Maria Do Rocio Luz Santa Ritta. O objeto da demanda diz respeito a embargos de terceiro referentes à execução de sentença n. 07595001316.6/002, originada da ação de rescisão contratual relativa a 51 cotas de frações do Apart Hotel Termas Intergravatal sob o regime de condomínio por tempo compartilhado, cuja ementa é a seguinte:

EMENTA: EMBARGOS DE TERCEIRO. MULTIPROPRIEDADE IMOBILIÁRIA (TIME SHARING). PENHORA DE ÁREA.

AS COMUNS DE COMPLEXO TURÍSTICO (GARAGENS E QUADRAS ESPORTIVAS) POR DÍVIDA DA EMPRESA INCORPORADORA. CONSTRIÇÃO INSUBSISTENTE EM FACE DOS CONDÔMINOS. NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO. CASO PARTICULAR. APELAÇÃO PROVIDA.

No caso em apreço do presente julgado, temos como objeto da lide uma parte ideal de uma área de 31.914,57 m², a desmembrar uma área de 4.725 m², em Termas do Gravatal-SC.

Os autores (condôminos) alegaram em sua causa de pedir que os contratos firmados de Incorporação e Construção de Edifício foram sob o regime de condomínio por tempo compartilhado c/c promessa de compra e venda de fração ideal e que adquiriram o bem na condição de senhores e possuidores de quota do Apart-Hotel Termas Intergravatal.

O referido Apart-Hotel teve parte de sua área penhorada, por dívida, sendo que essa área composta de vagas de garagem e quadras esportivas.

Dessa forma, alegaram os embargantes que estavam sendo molestados em seus direitos por ato de apreensão judicial, requerendo, assim, tutela de resguardo às prerrogativas possessórias e de propriedade.

Em contrapartida, os réus apresentaram contestação, alegando que os contratos firmados com os condôminos garantiam a estes tão somente o direito de uso do condomínio, de uma unidade habitacional por um determinado período do ano, e que em nenhum momento foi concedida a posse e o domínio da área total do imóvel. Concluíram em sua defesa que era perfeitamente possível a penhora recair sobre a área distinta da unidade a ser utilizada, sendo desnecessários os embargos interpostos pela parte autora.

Abaixo trecho da defesa da Intergravatal:

Concluindo, observa-se que o condomínio foi formado apenas assegurando direito de uso relativo à ocupação de apartamentos.

Portanto qualquer um dos condôminos pode ter assegurado apenas a utilização que está prevista no contrato entabulado com a incorporadora.

O condomínio não é proprietário da área, tampouco de suas edificações acrescidas.

Vislumbra-se cristalinamente que o condomínio formado tem direito à fração de uso, ou seja, usufruir do imóvel conforme disposto no contrato de cada condômino.

E isto, independentemente da área penhorada, continuará assegurado, pois nenhum prejuízo terá em

relação ao direito previsto no contrato (uso dos apartamentos). (Acórdão nº 2008.019293-6 fl. Contestação)

Em contradição, os autores suscitaram a natureza jurídica do instituto da multipropriedade imobiliária, conhecida também por *time sharing*, instituto este que permite uma gama de direitos individuais sobre um mesmo objeto, exercidos em espaços temporais alternados.

Sustentaram que a multipropriedade, direito este a que fazem jus, concede poderes aos condôminos de direito real, indivisível sobre a propriedade como um todo, transmitindo-lhes a posse e a propriedade de todo o complexo imobiliário e não somente o direito pessoal sobre os apartamentos.

Em primeira instância houve a improcedência dos pedidos dos autores. Durante o trâmite da construção da decisão que julgou improcedente os pedidos, houve perícia, e a discussão se pautou no dilema de se a multipropriedade se inclina mais a um direito real ou pessoal.

Durante a análise dos contratos juntados nos autos pela parte autora e a empresa Intergravatal, perceptível foi uma incisiva inclinação da multipropriedade para o direito real. Entretanto, também existiam características indubitavelmente de direito pessoal, principalmente ao referente à utilização da propriedade por espaço temporal, sendo diversos condôminos compartilhando direitos sobre um mesmo bem.

Durante a investigação pericial, mesmo com a observância de haver forte inclinação ao direito real, não se pôde ignorar o fato da inexistência de legislação brasileira regulamentando a multipropriedade e o fato de os direitos reais serem elencados em um rol taxativo em nosso Código Civil vigente.

Diante da análise supra, concluiu-se que os direitos reais não podem ser criados por convenção privada, sendo nulas quaisquer disposições reais outorgadas aos condôminos, ora embargantes, no momento da compra das cotas para a utilização compartilhada do referido objeto da lide.

Sendo assim, foi reconhecido que os compradores das cotas condominiais tinham tão somente o direito de ocupação das unidades do empreendimento imobiliário em datas prefixadas do ano, perdurando evidente o direito eminentemente pessoal.

Diante de diversas análises contratuais e periciais, a decisão *a quo* foi no sentido de que seria possível a penhora da área já mencionada.

Portanto, na elaboração da perícia, o *expert* deu seu parecer no sentido de que não haveria possibilidade de separar as

frações do imóvel, já que todo o complexo faz parte de um todo indivisível e é de suma importância para manter o conforto e bem-estar e qualidade do empreendimento.

Afirmou ainda que apesar de a parte penhorada ser indivisível isso não barra que haja arrematação dessa fração em hasta pública, estipulando um condomínio entre a executada Intergravatal e a arrematante, conforme estipula norma do nosso direito civil.

Reconheceu-se em primeira instância a propriedade plena da Incorporadora Intergravatal, sendo possível a penhora, tendo em vista que ela é devedora.

Insatisfeitos com a decisão do juízo *a quo*, os embargantes interpuseram recurso de apelação, trazendo novamente a discussão sobre a multipropriedade imobiliária e aduzindo que o ajuste de características faz advir um condomínio indivisível sobre o terreno e as coisas comuns, ainda que por frações ideais.

Argumentaram que a indivisão impede o parcelamento do solo, seja qual for a modalidade, especialmente quando não há a concordância da unanimidade dos condôminos.

Ainda, salientaram o caráter real do direito outorgado aos condôminos, requerendo assim a desvinculação da empresa construtora e incorporadora em relação ao empreendimento imobiliário como um todo, objetivando uma transmissão para a administração da associação dos titulares.

Para fundamentar seus argumentos, os apelantes suscitaram a Deliberação Normativa nº 378 do Ministério de Turismo do Brasil. Alegaram os apelantes que tal deliberação não se amolda ao caso em questão, visto que esta regula os contratos de cessão de direito de ocupação e não de promessa de compra e venda de fração ideal, como é o caso em questão.

Em contrarrazões, a parte apelada renovou os argumentos de que o direito dos apelantes é meramente pessoal e de uso das unidades habitacionais, e esse direito pessoal não se estende às áreas comuns do bem.

Esse é o breve resumo da lide em questão, a qual terá uma solução extremamente inovadora em nosso país, tendo em vista que trabalha com o instituto multipropriedade e seu reconhecimento, mesmo sem regulamentação legislativa.

De início, o juízo *ad quem* faz breves considerações no sentido de que não há dúvidas de que a área penhorada é localizada no condomínio do qual os embargantes são adeptos (vagas de garagem e quadras esportivas).

Após breves considerações, adentrando ao mérito, começa o magistrado fazendo ponderações a respeito da peça processual embargos de terceiros, demonstrando que tal peça é destina-

da a defender sumariamente o possuidor ou senhor de determinado bem jurídico da posição de insegurança/risco de seu direito possessório ou dominial. Evidencia ainda que se trata de ação essencialmente possessória.

Suscita o seguinte trecho de Barros (1980, p. 370-371): “Não se quer nos embargos de terceiro que o autor seja o proprietário do bem. Não se faz essa exigência. Basta que tenha a posse, por direito real ou pessoal”.

Dessa forma, concluiu o magistrado que não resta dúvida quanto à detenção da posse pelos condôminos das referidas áreas penhoradas. Posse que foi entendida não como contato físico entre coisa e sujeito, mas sim como relação potestativa de injunção socioeconômica.

Constatou-se assim que o esbulho judicial ao direito possessório dos embargantes por si só já seria suficiente para reforma da sentença proferida em primeira instância bem como o levantamento da penhora, sem a necessidade da verificação por hora da natureza jurídica (real ou pessoal) do instituto da multipropriedade.

Para a decisão do caso da lide, foi feita uma análise de algumas cláusulas do contrato firmado entre a Intergravatal e os embargantes, ora transcritas:

Cláusula Quinta – DO REGIME E DA CONVENÇÃO DE CONDOMÍNIO POR TEMPO COMPARTIDO

Tendo em consideração as vantagens do regime internacional e genericamente conhecido como “Time Sharing” = “Tempo Compartido” no que diz respeito à utilização de prédios localizados em centros ou pólos turísticos não para habitação contínua ou permanente e sim para que, **em face a um regime de condomínio total do prédio, cada co-proprietário ou condômino em posse de 1 (uma) ou mais frações ideais da propriedade da área global de um prédio determinado, tenha a possibilidade de, com um investimento mínimo e insignificante contribuição anual pessoal ao Fundo Comum do Condomínio** (destinado a cobrir as despesas totais e gerais do Condomínio, incluindo: salários de funcionários e empregados de toda ordem; manutenção do prédio; manutenção, reparação e reposição da totalidade da mobília, equipamento e decoração do mesmo; tanto das áreas, partes e instalações de uso comum ou dependências de serviço quanto das Unidades Habitacionais Privativas, móveis, roupa branca ou de cama, louça, talheres, TV, ar condicionado, etc., etc.; serviços públicos e privados; taxas, impostos e encargos em geral. Seguros de variado tipo; serviço

de administração e/ou hotelaria, vigilância, etc., etc.), **ter acesso ao prédio e direito ao Uso, Gozo e/ou Usufruto “Temporários, Limitados e Compartidos” de alojamento turístico ou de férias em uma Unidade Habitacional Privativa do prédio**, seja esta determinada ou não mas de “Tipo” e/ou tamanho ou características acordes e correspondentes com a fração (ões) percentual (ais) possuída (Fração maior = direito de Uso, Gozo e/ou Usufruto sobre Unidade Habitacional Privativa de maior gabarito e/ou tamanho; Fração Menor = Direitos sobre Unid. Hab. Priv. De menor gabarito e/ou tamanho; etc.), durante um número fixo de dias cada ano, em data a eleição dos condôminos a ser fixada em cada ocasião mediante um simples trâmite de “Reserva Prévia” junto à “Administração” designada no prédio.

Sendo que, ainda, o condômino poderá desfrutar de **todos o serviços hoteleiros e turísticos e demais vantagens que irá receber em função direta e proporcional da “Propriedade Compartida e seu Uso, Gozo, e/ou Usufruto Temporários, Limitados e Compartidos”** que, junto a outras pessoas (condôminos), **faz do imóvel; assegurando em forma definitiva e permanente**, para si mesmo e os seus sucessores ou herdeiros o desfrute do investimento realizado sob a forma de Uso, Gozo e/ou Usufruto do alojamento turístico ou de férias no prédio submetido ao regime de Condomínio por Tempo Compartido em forma periódica (várias vezes ao ano), temporária e limitada (durante prazo(s) específico(s) cada vez e com as limitações estatutárias e regulamentares do caso e em vigor), porém reiterada e perpetuamente (todos e cada ano calendário enquanto continuar como possuidor da(s) Fração(ões) ou Quinhão(ões) Condominial(ais) adquirido(s); e constituindo como tal um autêntico e **real investimento que é baseado na propriedade imóvel, embora fracionária, porém certa, de um prédio de alto gabarito**, com possibilidades reais e certas de tornar-se altamente procurado pelo público em geral, obtendo uma grande valorização no mercado futuro de bens imóveis turísticos.

Parágrafo Primeiro: Assim sendo, a INCORPORADORA levando em conta as considerações acima mencionadas – decide adotar e declara válida no que diz respeito ao terreno e Edifício acima citados, a “CONVENÇÃO DE CONDOMÍNIO POR TEMPO COMPARTIDO e seus ESTATUTOS E REGULAMENTO INTERNO DE USO, GOZO E/OU USUFRUTO” para todos os efeitos jurídicos, legais e fiscais correspondentes ao Domínio, Posse, Obrigações e Direitos de Uso, Gozo e/ou Usufruto Temporários, Limitados e Compartidos emergentes do presente Regime e sua Convenção de Condomínio, Estatutos e Regulamento Interno, a minuta dos quais

fica depositada no correspondente Ofício de Registro de Imóveis e cuja cópia facsimile faz parte integrante do presente instrumento como “ANEXO II”.

Cláusula Décima Segunda – DO(s) DIREITO(s) DO(s) ADQUIRENTE(s) [...]

Parágrafo segundo: Após a conclusão do Edifício, cumpridas pelos adquirentes todas as obrigações e feito o acerto de contas, a INCORPORADORA, mediante termo de entrega e recebimento, procederá à entrega das respectivas frações condominiais para que delas o(s) ADQUIRENTE(S) passe(m) a usar, gozar e/ou usufruir. Mas **a propriedade plena** só se consolidará com o pagamento de todas as prestações do preço, além de eventuais modificações, multas, mora e demais obrigações previstas em lei e neste instrumento, e com outorga de escritura definitiva de venda e compra e quitação do preço da construção (grifos do acórdão).

Dessa forma, foi possível verificar pelas cláusulas transcritas que o vínculo entre os titulares (embargantes) e o empreendimento imobiliário tem uma correlação real e direta entre os cotitulares e a coisa, aludindo ao instituto da Multipropriedade.

Alude o magistrado que, conforme cláusula contratual, o referido contrato se refere à aquisição da propriedade plena, de frações ideais do empreendimento e que se amplia à área total, e que em momento algum fala de tão somente uso das unidades ou só compra de valores mobiliários.

No tocante aos contratos de aquisição, todos tiveram a averbação na matrícula do imóvel no Álbum Imobiliário, previsão esta relacionada aos direitos reais. No caso em apreço não foi considerado um simples direito de uso proveniente de relação pessoal, mas sim se trata de um vínculo real.

Bem fundamentada a decisão, esta trouxe fortes argumentos demonstrativos de que a multipropriedade pode ser definida como um direito real, isso porque apesar de esse instituto não se amoldar no rol taxativo do art. 1225 do Código Civil não pode por esse simples fato deixar de ser considerado como tal, pois conforme o respaldado:

A mente humana, afinal, é prolífica. Das idéias evolutivas se modifica a realidade social, lançando-se à ciência jurídica o desafio de acompanhar a criatividade da espécie. Fenômeno tudo menos estático, o Direito autoriza, portanto, manobras de flexibilização que permitem se empreste à multipropriedade imobiliária (*time sharing*) disciplinamento jurídico equivalente ao reservado, genericamente, aos direitos reais (Código Civil) e, especificamente, aos condomínios edilícios sobre uma base imobiliária (art. 6º, Lei n. 4.591/64), respeitadas as

regras específicas necessárias à adaptação do trato normativo à natureza do instituto, como o (a) afastamento da prerrogativa, inerente aos condôminos, de livre divisão do condomínio e (b) o direito de preferência assegurado aos condôminos na aquisição tanto por tanto (cf. Frederico Henrique Viegas de Lima, artigo citado). Conclusão, à evidência, não derruída pela Deliberação Normativa n. 378 do Ministério de Turismo do Brasil, que não parece incidir, sem restrições, no caso.

Dessa forma, como pode se observar, o juízo *ad quem* entende a permissividade da flexibilização dos direitos reais, pelo fato de esse instituto Multipropriedade ter características essenciais dos direitos reais, não podendo, pelo simples fato de não estar elencado no rol fechado, deixar de ser um direito dessa categoria.

Segundo o magistrado, é nesse momento que a mente humana entra em ação, sendo capaz de criar e inovar e adaptar, não assentindo com um direito estático.

Ainda, a penhora ora permitida em primeira instância, segundo o juízo *ad quem*, estaria expondo a risco uma característica da multipropriedade, a indivisibilidade, característica decorrente de sua natureza, que visa proteger o interesse social, a manutenção do estado de comunhão, com maior número de emprego, crescimento econômico e contentamento dos cotitulares, conforme bem salientado na decisão em estudo.

Considerou-se a decisão *a quo* engenhosa, porém insustentável, visto que a empresa ré desatou de todas as atividades correlacionadas ao gerenciamento e exploração do empreendimento turístico, transmitindo-as para a Associação dos Proprietários e Condôminos do Apart-Hotel Termas Intergravatal, deixando de participar física ou espacialmente do imóvel e seus frutos imateriais e materiais.

Significa dizer que a empresa ré, devedora, não tem qualquer vínculo com a administração do empreendimento imobiliário bem como não faz exploração ou lucra com alguma atividade do complexo.

Mas, como demonstrado na decisão, a administração tal como a exploração são encargos remetidos à associação dos coproprietários, e tais dados podem ser confirmados pelos documentos de prestação de contas juntados aos autos.

Por fim, a decisão de segunda instância afirma em seu texto que os embargantes no momento da celebração do contrato sucederam a empresa executada, assumindo a posição desta no empreendimento, incluindo obrigações e direitos, confor-

me demonstrado por trecho do referido contrato em acórdão, a seguir:

1. O condomínio concorda com a incorporadora, que propõe a redução da área a ser construída em todo o empreendimento, adaptando o número de apart-hotel ao número de quotas vendidas, que atinge 4.299 (quatro mil, duzentas e noventa e nove) quotas, assim discriminadas: 3.762 (três mil, setecentas e sessenta e duas quotas tipo 'A', 519 (quinhentas e dezenove) quotas tipo 'B' e 18 (dezoito) quotas tipo 'C'.
2. Resta explicitado que, das 7.412 (sete mil, quatrocentas e doze) quotas colocadas à venda, 2.941 (duas mil, novecentos e quarenta e uma) quotas não foram vendidas, 148 (cento e quarenta e oito) quotas foram retomadas por não terem sido liquidadas, e 24 (vinte e quatro) quotas pertencem à empresa do Grupo Gravatal – Gravatal Hotéis de Turismo, restando apenas 4.299 (quatro mil, duzentos e noventa e nove) quotas ativas.
3. **As 3.113 (três mil cento e treze) quotas restantes, não vendidas, retomadas ou de propriedade da empresa Gravatal Hotéis de Turismo restam desativadas e entregues ao Condomínio, desobrigando-se a incorporadora do respectivo pagamento da taxa condominial a partir da efetiva entrega.** (grifos nossos)
4. O condomínio, de sua parte, assume o compromisso de não exigir a construção ou complementação de nenhuma outra área, além das correspondentes aos apartamentos mencionados no item 01 (hum) do presente, as relativas às áreas comerciais e condominiais, as quais, quando recebidas totalmente pelo condomínio, importarão na total quitação do compromisso da incorporadora com aquele e seus integrantes.
5. O presente acordo depende de ratificação em assembleia do Condomínio, que se realizará neste mês de julho de 2003.

Assim sendo, em considerações finais julgou inviável permitir a penhora de parte do empreendimento para satisfação de crédito da empresa construtora, sob a consideração de que não se pode em detrimento de direito real ou similar dos condôminos garantir crédito da empresa com bem (imóvel) que a esta não mais pertence.

Em apreço, ainda lembrou súmula do STJ que diz:

Súmula 308 - STJ A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.

Ou seja, há sempre um amparo aos direitos do promitente até mesmo em face do hipotecário, titular de direito real sobre o bem.

Foi dado provimento ao recurso de apelação determinando o levantamento da penhora sobre o bem descrito, reconhecendo-se a multipropriedade.

A partir do estudo do referido acórdão, foi possível avaliar que, apesar da falta de legislação sobre o instituto em questão, já se reconhece a multipropriedade como forma de propriedade válida.

4 Natureza jurídica da multipropriedade – um direito real ou um direito pessoal

4.1 Aplicabilidade da Multipropriedade no Brasil

Este trabalho trouxe em seu bojo um estudo geral sobre o que é um direito real, comparando este com o direito pessoal, com o intuito de trabalhar de forma mais aprofundada sobre o instituto da Multipropriedade, instituto este ainda não regulamentado em legislação pátria, porém utilizado em vários países do mundo, com maior enfoque na Europa, como na França, Espanha e Portugal.

Este último país por sua vez, com o direito de habitação periódica, é que traz maior proximidade com o que os autores brasileiros tentam em suas doutrinas trazer ao instituto da Multipropriedade caso esse venha algum dia ser utilizado no país.

A princípio, este trabalho aborda a Multipropriedade com um enfoque e viés turístico, o qual traria uma melhor destinação à propriedade com o efetivo cumprimento da função social da propriedade, bem como tenta demonstrar que através da utilização desse instituto evitar-se-ia a inatividade da propriedade, ampliando a capacidade produtiva, extinguindo os períodos de desocupação, dispondo o acesso a tais bens a mais de um proprietário, bem como repartindo os custos como já suscitado na seção anterior.

O direito real tem como características vários critérios, os quais se enquadram perfeitamente na multipropriedade. No que tange à existência de vínculo entre uma coisa e uma pessoa, há perfeita concordância com o instituto em estudo, tendo em vista que há de fato a ligação entre a propriedade e os titulares do direito da propriedade compartilhada.

No tocante à oponibilidade *erga omnes*, a partir do momento que é constituída a propriedade compartilhada, onde

cada coproprietário terá a posse e a propriedade do bem em um determinado período do ano, o Registro trará a oponibilidade perante todos, caso haja alguma violação do direito dos titulares dessa propriedade compartilhada.

Quando falamos do direito real como um direito absoluto, a multipropriedade também se enquadra perfeitamente, tendo em vista que não se trata de um direito relativo. Como regra, o direito relativo é aquele que se firma numa relação em que as partes são determinadas. O que não seria o caso, se esse direito for considerado como real.

No caso dos direitos reais, está evidente essa característica, pois eles não se estruturam em nenhuma relação, e os titulares desses direitos teriam uma posição absoluta, não dependendo para isso de qualquer relação particular, e por esse motivo seriam oponíveis *erga omnes* conforme abordado anteriormente.

Na multipropriedade, no momento em que uma pessoa comprasse o bem imóvel em um período predeterminado do ano, tornar-se-ia proprietária daquele bem por um período indeterminado, ou seja, apesar de ter posse sobre um determinado período do ano, isso não a tornaria não proprietária no momento em que não estivesse na posse do bem. Significa dizer que, ainda que não estivesse exercendo sua posse, teria garantido seu direito de proprietária, caso esse viesse a ser ameaçado, podendo opor esse seu direito contra todos (*erga omnes*).

A oponibilidade contra todos também está intimamente ligada ao direito de sequência, como também já estudado. Os direitos reais permitem ao titular o direito de reivindicar a coisa onde e com quem quer que se encontre, sendo assim razoável a conexão entre a sequência e o instituto da multipropriedade.

Se considerado como um direito real, acompanharia a coisa, sendo que qualquer multiproprietário tendo seu direito ameaçado poderia reivindicá-lo em face de terceiros.

Porém, existe uma característica que por si só não se amolda ao instituto da propriedade compartilhada, é o princípio da tipicidade que rege a característica dos direitos reais como *numerus clausus*. Essa característica não se amolda à multipropriedade pelo mero fato de esse instituto não estar elencado no rol taxativo do art. 1.225 do Código Civil.

Como já abordado, os direitos reais estão de forma expressa dentro de rol taxativo no Código Civil vigente, não podendo via de regra nenhum direito dessa espécie ser incluído, ainda que com características inerentes.

No entanto, como pode se observar em análise do defendido até então, inclusive demonstrado através de jurisprudência

na seção antecedente, não se pode levar em consideração apenas essa característica para se classificar um direito como real ou não. Nesse sentido, coadunado com o argumento da Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta, no acórdão já estudado na seção anterior.

A magistrada fundamenta o julgado nº 2008.019293-6 do TJSC no sentido de que:

A multipropriedade imobiliária, representando uma variação do condomínio tradicional especializada pelos intervalos de fruição, não se enquadra, é certo, em nenhuma das categorias tradicionalmente conhecidas de direito real (art.1225, I-X, CC/02), cujo rol, em princípio, é taxativo. Mas nem por isso deixa de merecer tratamento jurídico similar, condizente com suas características. A mente humana, afinal, é prolífica. Das idéias evolutivas se modifica a realidade social, lançando-se à ciência jurídica o desafio de acompanhar a criatividade da espécie. Fenômeno tudo menos estático, o Direito autoriza, portanto, manobras de flexibilização que permitem se empreste à multipropriedade imobiliária (*time sharing*) disciplinamento jurídico equivalente ao reservado, genericamente, aos direitos reais (Código Civil) e, especificamente, aos condomínios edilícios sobre uma base imobiliária (art.6º, Lei n.4.951/64), respeitadas as regras específicas necessárias à adaptação do trato normativo à natureza do instituto, como o (a) afastamento da prerrogativa, inerente aos condôminos, de livre divisão do condomínio e (b) o direito de preferência assegurado aos condôminos na aquisição tanto por tanto. (grifos nossos)

Sendo assim, não é razoável classificar um direito real tão somente por sua taxatividade no rol do art. 1.225 do Código Civil de 2002. É necessário analisar mais a fundo, isto é, as características inerentes aos direitos reais, a fim de verificar se o instituto em questão se aproxima mais de um direito real ou de um direito pessoal.

A multipropriedade, sem sombra de dúvidas, tem forte inclinação para o direito real, isso porque, conforme já estudado, a multipropriedade tem perfeita sincronização com o direito de propriedade propriamente dito e elencado no rol do art. 1.225, sendo que a diferença crucial do instituto seria o elemento tempo.

A propriedade existiria para todos os cotitulares da propriedade compartilhada, porém, cada um desses teria sua posse limitada a um espaço temporal preestabelecido, e isso em nada interferiria na propriedade respectiva de cada titular, somente não

haveria propriedade exclusiva de um único proprietário, mantendo, no entanto, a condição de perpetuidade e viabilizando uma divisão de gastos e o real aproveitamento da propriedade com o cumprimento da função social e demais vantagens acarretadas.

Marques e Rodrigues (2010), demonstram algumas correntes que tentam de forma efetiva mostrar a natureza jurídica da propriedade compartilhada:

Várias são as teorias que se ocupam de apontar a natureza jurídica da multipropriedade, dentre as quais, é possível destacar as seguintes:

- a) Seria uma situação jurídica que se enquadraria na comunhão que marca a existência do condomínio;
- b) Poderia ser classificada como uma especial forma de propriedade, com o exercício individualizado pelo tempo, marcado por uma pluralidade de autonomia do direito de propriedade, distinguindo pelo objeto, que do ponto de vista temporal, resulta sempre diverso;
- c) Há aqueles que entendem a multipropriedade como um direito real atípico que nasce de um contrato a respeito de compra e venda com indicação da coisa objeto da avença, mostrando-se uma situação jurídica complexa, com um núcleo central marcado por uma característica real e série de obrigações que envolvem os vários multiproprietários e os sujeitos que gerem o imóvel.
- d) Têm-se ainda os que defendem os institutos como sendo uma hipótese típica de propriedade temporal, bem como os que a definem como propriedade intermitente, pela qual os proprietários, sempre titulares de direito real de propriedade, adquirido por ato entre vivos ou *causa mortis*, podem exercer seu direito em determinado período de tempo durante um ano.

Na oportunidade, passo a comentar a plausibilidade de cada uma das teorias apresentadas.

Em primeiro lugar, a teoria da alínea 'a' merece respaldo, visto que, como já estudado, a multipropriedade traz como corolário a existência de um condomínio, visando seu viés de compartilhamento do custo e a diversidade de proprietários de um mesmo bem.

No referente à alínea 'b', também merece respaldo no referente a essa possível natureza jurídica a ser integrada no instituto em estudo. Considerando-se que o rol dos direitos reais é taxativo, mas que comporta em seu inciso I do art. 1.225 do Código Civil/02 a propriedade como um direito real, perfeitamente plausível considerar a propriedade compartilhada como uma forma especial de propriedade.

Se assim entendesse o legislador, não seria nem mesmo uma modificação legislativa para elencar o novo instituto ao rol dos direitos reais, haja vista que a propriedade já está elencada na lei, porém de forma geral, não especificando os modos de propriedade. Bastaria, assim, apenas o uso da hermenêutica, entendendo-se que a multipropriedade é tão somente uma espécie de propriedade, assim como a propriedade resolúvel e a propriedade fiduciária, que, embora não elencadas no rol do art. 1.225 do Código Civil, são consideradas, para seus fins, direitos reais.

No que concerne à alínea 'c', levando-se em consideração que a multipropriedade é um instituto sem base jurídica aqui no Brasil, podemos, sim, considerá-la um direito atípico, mas não um direito real atípico, pois, como já estudado, os direitos reais são regulados em sua essência pelo princípio da tipicidade, que rege o chamado *numerus clausus*.

Por fim, a alínea 'd', a meu ver, não merece respaldo, tendo em vista que, como já suscitando em seções anteriores, a multipropriedade é um instituto que em nenhum momento se confunde com propriedade temporária, tendo em conta que tem como característica principal a perpetuidade, não sendo assim uma propriedade resolúvel com termo.

Assim sendo, apesar da dogmática de que os direitos reais se limitam ao rol taxativo do art. 1.225 do Código Civil/02, esse fato não idealiza esses direitos como sendo imutáveis e invariáveis, devendo atender uma ótica social e a evolução jurídica aos novos institutos que estão por vir e que poderão de forma grandiosa trazer ganhos imensuráveis tanto ao Estado quanto ao particular.

De fato, não pode um instituto de tal potencial ficar adstrito somente à doutrina, sendo necessária sua devida exploração, para a criação de uma base jurídica legislativa efetivando a utilização do instituto.

Evidentemente, as normas de direito privado a meu ver não são suficientes para a regulamentação da multipropriedade, como já salientado, se aproximando mais sem dúvidas aos direitos reais, observando-se, como exemplo, o fato de que somente haverá a possibilidade do uso das ações possessórias pelos titulares caso esse direito venha a ser considerado como um direito real.

Conclusão

Por fim, em última análise e conclusão, diante de todo o estudo no trabalho em questão, é mais razoável que a multipropriedade

se enquadre como um direito real, levando em consideração que somente este poderia trazer aos possíveis coproprietários e ao Estado uma segurança efetiva dos seus direitos.

Se um instituto como esse fosse considerado apenas um direito pessoal, não seria atrativo contrair uma relação dessa grandeza, principalmente tendo em vista o número de pessoas envolvidas no negócio jurídico. Traria insegurança, tornando um instituto promissor não mais tão atrativo aos olhos daqueles possíveis compradores.

No mais, deve o direito evoluir junto com a sociedade, isto é, com a criação desse novo instituto que pode proporcionar grandes avanços para sociedade, como circulação de riquezas, cumprimento da função social da propriedade, estímulo da atividade da propriedade, ampliação da capacidade produtiva, extinção dos períodos de desocupação, dispondo o acesso a tais bens a mais de um proprietário, bem como repartição dos custos.

Não pode o legislador fugir de um avanço jurídico pelo mero fato de um direito não estar elencado em um rol taxativo imutável. Essa atitude seria um retrocesso ou um bloqueio para o avanço jurídico.

É necessária para a implantação da multipropriedade no Brasil uma legislação específica para regulamentar a forma de constituição e outros elementos essenciais, podendo até ser utilizada como direito equiparado à legislação portuguesa no referente ao instituto lá utilizado, a Habitação Periódica.

No meu entendimento, não se faz necessária a ampliação do art. 1.225 do Código Civil/02 para incluir no rol o instituto da multipropriedade, sendo necessária apenas uma interpretação no sentido de que a multipropriedade já é um direito real e está elencado no rol do referido artigo, em seu inciso I.

Ora, o inciso I desse referido artigo elenca como primeiro direito real a propriedade. Não é necessário muito esforço para compreender que a multipropriedade é uma espécie de propriedade especial, assim como a propriedade resolúvel e a propriedade fiduciária, como já comentado. Sendo assim, não se faz necessária uma criação de um novo direito real, basta o reconhecimento deste como tal.

Ademais, como já estudado na seção 2 deste trabalho, já há decisões no país que buscam de forma contundente a solução de lides com base no instituto da multipropriedade, não cabendo mais a postergação para a criação de uma legislação.

Se até decisões com base nesse instituto já estão sendo promovidas, se faz necessária tão somente a criação de uma legislação para regular a multipropriedade e não para considerá-la

como um direito real, pois essa problemática pode ser resolvida de forma mais simples, como já sugerido anteriormente. É a conclusão do tema em discussão.

Referências

ALVIM NETO, José Manuel Arruda. Parecer não publicado sobre o confronto entre uma situação de direito real e outra de direito obrigacional, análise da súmula 84 do STJ.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil**: Reais. 44. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

BARROS, Hamilton Moraes e. **Comentários ao Código de Processo Civil**, V, IX. Rio de Janeiro: Forense. 1980.

BESSONE, Darcy. **Direitos Reais**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Coisas**. São Paulo/Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942. v. 1 e 2.

CORDEIRO, Antônio Menezes. **Direitos Reais**. Lisboa: Editora Almedina, 1993.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direitos das Obrigações**. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 4.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. 10. ed. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Juspodivm, 2007. v. 5.

MOREIRA, Álvaro; FRAGA, Carlos. **Direitos Reais**. Coimbra: Almedina, 1970.

OLIVEIRA JR, Dário da Silva; CHRISTOFARI, Victor Emanuel. **Multipropriedade**: timesharing: aspectos cíveis e tributários. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. MARQUES, Hérika Janaynna Bezerra de M. M. Notas a respeito da multipropriedade imobiliária como nova modalidade do exercício do direito de propriedade. Fortaleza: Ed. Pensar, 2010. v.15, nº2.

RODRIGUES, Silvío. **Direito Civil** – Direitos das Coisas. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. **Multipropriedade imobiliária**. São Paulo: Saraiva, 1993.

A execução de crédito fiscal contra empresa em recuperação judicial: uma análise sobre a aplicabilidade de atos executórios contra empresa recuperanda

Cínthia Tamara Araújo da Silva
*Graduanda em Direito na Universidade
Federal de Pernambuco*

RESUMO

A recuperação judicial é um instituto jurídico de grande relevância para a preservação de empresas que, embora sejam economicamente viáveis, estão em crise, pois facilita a negociação entre a devedora e os respectivos credores. Entretanto, como a Lei nº 11.101/2005 determina que o plano de recuperação não abrange os créditos fiscais, a execução fiscal pode prosseguir regularmente, o que pode criar obstáculos à recuperação da empresa e impedi-la de funcionar e de, consequentemente, exercer a sua função social. Por essa razão, apesar da determinação legal a respeito, os tribunais brasileiros têm divergido quanto aos limites da cobrança fiscal, isto é, se ela pode praticar atos constitutivos e/ou expropriatórios contra as empresas recuperandas ou não. Por conseguinte, considerando-se as finalidades da recuperação judicial, este artigo visa a analisar como o Judiciário tem enfrentado essa temática.

Palavras-chave: Recuperação judicial. Execução fiscal. Função social. Tribunais brasileiros.

ABSTRACT

The judicial recovery is a judicial institute of great relevance for the preservation of companies which, in spite of being economically viable, are in crisis, because it facilitates negotiations between the debtor and creditors. However, as the Brazilian Law n. 11.101/2005 determinates that the fiscal credits are not included in the restructuring plan, the tax enforcement can proceed regularly, what may create obstacles to the company's recovery and hinder it from operating and, consequently, carrying out its social function. For this reason, despite the legal determination relating to it, Brazilians courts

have been diverging about the limits of the tax charging, that is, if it is allowed to practice constrictive acts and/or expropriating acts against recovering companies or not. As a result, considering the judicial recovery purposes, this article aims to analyze how the Judiciary have faced this theme.

Keywords: Judicial recovery. Tax enforcement. Social function. Brazilian courts.

Introdução

A recuperação judicial é o instituto que possibilita a reorganização da empresa que, embora seja viável – isto é, seja ativa há um período de tempo considerável, com mão de obra e tecnologia suficientes para se manter funcionando, com patrimônio capaz de, mediante uma negociação com os credores privados, satisfazer os seus débitos –, não esteja conseguindo produzir rendas bastantes para o pagamento das dívidas por ela contraídas (COELHO, 2013, p. 174). Em resumo, a recuperação judicial se volta às empresas em estado de insolvência, mas dotadas de condições e estrutura que possibilitem o restabelecimento das “recuperandas” (CAMPINHO, 2006, p. 10).

Por conseguinte, a preservação da empresa é uma finalidade intrínseca a esse instituto, por meio do qual se busca manter em adequado funcionamento fonte produtora com potencial de recuperação e relevância para a sociedade e para a economia do país, conforme dispõe o art. 47 da Lei nº 11.101/2005.

Não obstante seja objetivo desse instituto a facilitação dos pagamentos aos credores da empresa em crise, a negociação decorrente do plano recuperacional a ser cumprido pela devedora não abrange a execução dos créditos fiscais, uma vez que ela, segundo o art. 6º, § 7º da LRF e o art. 187 do CTN, não se submete à suspensão dos feitos executivos, imposta aos credores em geral da recuperanda.

Portanto, é legalmente possível o prosseguimento da execução fiscal com vistas à satisfação do crédito fiscal, de acordo com o regramento previsto na Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80).

Há, em contrapartida, uma ressalva a essa regra, qual seja, a adesão de parcelamento do débito para com a Fazenda Pública, cujo regramento deve ser feito pelo CTN e pela legislação ordinária específica, de acordo com a Lei nº 11.101/2005.

O CTN, por sua vez, no art. 155-A, §§ 3º e 4º, ao tratar do parcelamento a ser concedido às empresas em recuperação judicial, exige a edição de lei específica a respeito, porém admite

que, enquanto essa lei não for elaborada, apliquem-se às recuperandas as mesmas regras das leis do parcelamento genérico. Assim o fez porque, como disposto no art. 151, inciso VI do CTN, o parcelamento suspende a exigibilidade do crédito, de modo que, apesar de a cobrança de crédito fiscal não se sujeitar ao concurso de credores, a execução fiscal não poderá prosseguir enquanto a empresa estiver cumprindo o pagamento das parcelas em questão. Logo, nem o interesse fazendário será frustrado, nem a recuperação da empresa será inviabilizada, pois não haverá necessidade de se aplicarem contra ela medidas constritivas nem atos expropriatórios.

Contudo, como a referida legislação específica somente veio a ser elaborada em 2014 (Lei nº 13.043/2014), muitos planos de recuperação judicial foram homologados mesmo sem a comprovação de regularidade da beneficiária perante o Fisco, requerida pelo art. 57 da LRF, para se evitar a falência de empresas ainda capazes de se recuperarem.

Como resultado, muitas das empresas às quais foi concedida a recuperação judicial, embora não houvessem aderido ao parcelamento, ainda que o geral, tinham débitos fiscais em aberto. Por essa razão, tendo em vista a inocorrência de qualquer das causas de suspensão da exigibilidade do crédito dispostas no art. 151 do CTN, deu-se regular prosseguimento à execução fiscal nesses casos, inclusive com a efetivação de penhora e com a realização de hasta pública.

Entretanto, as empresas passaram a se insurgir contra a continuidade do feito executivo, especialmente contra a prática de atos de constrição e de alienação dos bens a elas pertencentes, alegando que essas medidas as inibiriam de cumprir o plano recuperacional e impediriam a reorganização empresarial. Portanto, violariam o princípio da preservação da empresa, previsto no art. 47 da Lei nº 11.101/2005, como mencionado anteriormente.

Neste momento, então, aos tribunais brasileiros foi lançada a seguinte questão: é possível a aplicação de atos constritivos e/ou de atos expropriatórios contra empresa em recuperação judicial? Como resposta, os órgãos julgadores apresentam soluções diversas, as quais poderiam ser divididas em três diretrizes.

A primeira tese, a qual será, neste projeto, denominada de “Tese Conservadora”, considera admissível não só a prática de atos constritivos como também a de medidas expropriatórias. A segunda delas, por seu turno, aqui denominada de “Tese Preservacionista”, é formada pelos julgadores que nem admitem a prática de atos de constrição, nem de alienação contra a

recuperanda, em virtude dos Princípios da Função Social e da Preservação da Empresa. Por fim, conforme a terceira tese, que será denominada de “Tese Mista”, entende-se que, sim, é possível a realização da penhora, mas não de atos de alienação dos bens da empresa em recuperação.

Dessa maneira, é bastante controversa a questão sobre o cabimento ou não da aplicação de penhora e/ou de expropriação de bens contra a empresa em recuperação judicial, uma vez que, conquanto seja determinação expressa da lei, o prosseguimento da execução fiscal poderia colocar em risco o cumprimento do art. 47 da Lei nº 11.101/2005 e inviabilizar a preservação da recuperanda.

À vista disso, é de grande relevância analisar-se qual seria o entendimento mais adequado a ser adotado em casos como esses, pois é comum que empresas em recuperação judicial sejam também devedoras fiscais, dadas as próprias condições de dificuldade econômico-financeira por elas enfrentadas. Além disso, há imprescindíveis interesses envolvidos nessas questões, haja vista ter-se, por um lado, o interesse empresarial e também público com vistas à recuperação da empresa, unidade produtiva, e, por outro, o interesse público quanto à satisfação do crédito fiscal a ser utilizado na subsistência do Estado e, consequentemente, da sociedade.

Por essas razões, é importante e necessário estudarem-se os fatores a serem considerados quando do julgamento de casos como esses, para cuja resolução, como se demonstrou, não há ainda jurisprudência consolidada. Para tanto, serão analisadas não só decisões de alguns dos tribunais brasileiros como também a doutrina desenvolvida a respeito desse tema.

Por fim, será proposta a pacificação dessa discussão através da adoção de uma das teses jurisprudenciais supracitadas.

1 A recuperação judicial de empresas

Introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 11.101/2005, a recuperação judicial é o instituto por meio do qual uma empresa em crise, porém economicamente viável, pode obter a facilitação do pagamento dos seus débitos e, com isso, reestruturar-se e continuar em funcionamento (SZTAJN; PITOMBO, 2007, p. 222).

Dessa maneira, visa a, primordialmente, evitar que empresas em atividade há um período considerável de tempo, com tecnologia e mão de obra capazes de mantê-las produzindo, com patrimônio remanescente e cujas atividades sejam relevan-

tes para a sociedade sejam simplesmente extintas, o que geraria um verdadeiro desequilíbrio na economia do país. Esse é, portanto, o escopo primordial da recuperação judicial, conforme previsto no art. 47 da mencionada lei, a seguir transcrito:

Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Como se pode observar nesse dispositivo, o instituto recuperacional possui como fundamento para a sua existência dois princípios básicos, que se propõem a estimular a atividade econômica, quais sejam, o Princípio da Preservação da Empresa e o Princípio da Função Social da Empresa.

Nesse sentido, é possível relacionar-se o Princípio da Preservação da Empresa aos objetivos imediatos da recuperação judicial, tendo em vista que ela possui como finalidade precípua o restabelecimento de empresa capaz de se reerguer da dificuldade econômico-financeira, mas não autonomamente, e, com isso, a manutenção da atividade produtiva. Por conseguinte, através da recuperação judicial, busca-se não só evitar a extinção da atividade empresarial em crise como também a causação de prejuízos à economia e à sociedade como um todo.

O Princípio da Função Social da Empresa, por sua vez, alude principalmente aos objetivos mediatos do instituto ora estudado, isto é, aos propósitos indiretamente alcançados pela reorganização e conservação da empresa em dificuldades. Como exemplo desses efeitos reflexos, há o aquecimento da economia, a prevenção contra o aumento do desemprego, a não frustração dos consumidores, a continuidade da atividade produtiva, entre outros.

Destarte, seja de forma imediata, seja de forma mediata, a recuperação judicial pretende, sem dúvidas, evitar o encerramento de empresa capaz de superar a crise econômico-financeira.

Por conseguinte, por ser muito relevante o conhecimento desses objetivos e fundamentos da recuperação judicial para a compreensão da controvérsia relacionada à efetivação da execução fiscal contra empresa recuperanda, passa-se a analisar, mais detidamente, os princípios supracitados.

1.1 Os princípios gerais da recuperação judicial

1.1.1 O princípio geral da função social da empresa

O princípio da função social da empresa não está expressamente previsto na Constituição de 1988. Contudo, decorre do princípio constitucional da Função Social da Propriedade, uma vez que a realização de atividade empresarial é uma das formas de se exercer o direito à propriedade.

Na realidade, esse princípio foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 6.404, de 1976, a qual impôs às Sociedades por Ações o dever de satisfazer a função social da empresa. Consequentemente, por analogia, cabe a aplicação às empresas também do Princípio da Função Social da Propriedade, expressamente previsto pela Constituição em vigor, no seu art. 170, inciso III.

A função social da empresa, assim como a função social da propriedade, possui como parâmetro a solidariedade social, segundo a qual os diversos interesses presentes na sociedade – econômicos e sociais, privados e públicos – devem ser harmonizados entre si e, sempre que possível, conjuntamente realizados (FRANCO; SZTAJN, 2008, p. 268-276). Dessa forma, a execução da atividade empresarial deve não só beneficiar o empresário em si mas também a coletividade, ao promover a distribuição de riquezas, o fomento da economia, o desenvolvimento da tecnologia, o aumento da qualidade dos produtos e dos serviços prestados, a busca pelo pleno emprego, a satisfação dos consumidores, além de outros proveitos.

Em sendo assim, não possibilitar às empresas capazes de, mediante negociação com os credores, ultrapassar a crise econômico-financeira momentânea a oportunidade de recuperação e, simplesmente, decretar-lhes a falência seria medida muito prejudicial à economia do país e, consequentemente, à sociedade. Por essa razão, é muito positiva a recuperação judicial, pois ela se vale do que ainda é aproveitável da recuperanda e busca, junto aos credores da empresa, uma conciliação entre os vários interesses em conflito.

Destarte, uma das razões para a existência desse instituto é justamente a manutenção da função social da empresa, a qual, como demonstrado, é de inegável importância para a ordem econômica do país, haja vista que o sucesso ou o fracasso da atividade empresarial atinge, direta ou indiretamente, os indivíduos em geral.

1.1.2 O princípio da preservação da empresa

O princípio da preservação da empresa, previsto no art. 47 da Lei nº 11.101/2005, estabelece o principal propósito da recuperação judicial: evitar a extinção de empresa viável.

Esse fato implica, primeiramente, que o instituto recuperacional não deve beneficiar empresas em situação de crise definitiva, mas apenas aquelas que, embora estejam enfrentando adversidades econômico-financeiras, apresentem reais condições de superação. Inclusive, os próprios requisitos legais para a concessão da recuperação judicial demonstram claramente que o auxílio dela decorrente não se destina a atividades empresariais arriscadas, malsucedidas durante a maior parte do tempo em funcionamento e mal administradas, como será analisado mais adiante. Logo, não fazem jus à recuperação empresas cujos aportes patrimoniais, estruturais e tecnológicos sejam de fato insuficientes para a fazerem subsistir.

Ademais, a preservação da empresa considera, ainda, a importância social por ela configurada, não só na manutenção da atividade produtiva como também na realização dos interesses dos sócios, dos trabalhadores, dos credores, do Fisco e dos consumidores (PIMENTA, 2006, p. 153).

Tendo tais questões em vista, deve-se observar que esse princípio não só orienta e fundamenta a recuperação judicial em geral, porém deve também, ou mesmo principalmente, conduzir os atos procedimentais inerentes ao processo recuperacional, inclusive os atos e decisões judiciais.

A título de concretização desse princípio, pode-se citar, por exemplo, a indivisibilidade do juízo, que torna prevento o juízo falimentar para examinar as questões referentes ao plano de recuperação, o que inclui ações e execuções ajuizadas contra a recuperanda, ressalvadas as exceções legais (art. 6º, § 7º, Lei nº 11.101/2005) (CAMPINHO, 2006, p. 33). Dessa forma, torna-se mais acessível o controle dos atos executórios a serem praticados contra a devedora e, sem dúvidas, a preservação da empresa, dado que o magistrado poderá não autorizar a efetivação de medidas capazes de tornar inexecutível o plano de recuperação judicial.

Demais disso, pode acontecer de, mesmo não tendo o plano de recuperação sido aprovado pela Assembleia de Credores, o juiz conceder o benefício à empresa em crise, desde que preenchidas as exigências legais para tanto. Esse é o instituto denominado no direito norte-americano de *cram down*, o qual prioriza também a conservação da unidade produtiva quando a repro-

vação do plano pelos credores mostra-se desarrazoada (SZTAJN; PITOMBO, 2007, p. 217).

Posto isso, deve o juízo falimentar avaliar se o plano de recuperação apresentado realmente condiz com o objetivo de preservação da recuperanda, assim como se as medidas processuais adotadas contra ela são cabíveis ou tornarão inviáveis a execução do planejamento e a consequente reorganização empresarial.

Esse exame torna-se ainda mais relevante nos casos em que contra a recuperanda estejam em curso processos executivos não abrangidos pela suspensão decorrente do deferimento do plano de recuperação, como será mais bem analisado em tópico seguinte. Dentre esses feitos executivos, incluem-se as execuções fiscais, ora estudadas, cujos atos expropriatórios podem vir a interferir de maneira significativa no patrimônio a ser dispensado no cumprimento do referido plano recuperacional e a, até mesmo, tornar inexequível a preservação da empresa.

Por essa razão, é imprescindível compreender-se que a conservação da atividade empresarial consiste em princípio fundamentador e orientador não só da criação do instituto da recuperação judicial como também da sua execução durante o procedimento a ela pertinente.

1.2 Da crise da empresa

A recuperação judicial apenas se justifica caso a empresa requerente esteja enfrentando uma crise superável, não definitiva, isto é, uma crise financeira.

A crise financeira ocorre quando a empresa não consegue adimplir as dívidas por ela contraídas, dada a ausência de moeda ou de créditos suficientes para permitir o cumprimento regular dessas obrigações (SZTAJN; PITOMBO, 2007, p. 222). De modo consequente, a empresa, temporariamente inadimplente, ingressa num estado de iliquidez, o qual, se não for superado, pode levá-la a um estado mais grave, de insolvência.

A insolvência, por seu turno, acontece quando a empresa está em dificuldades financeiras mais sérias, em crise, desta vez, econômica, caracterizada pela existência de patrimônio ativo menor do que o passivo. Diferentemente da crise financeira, portanto, a crise econômica é duradoura e impossibilita, pelas próprias condições em que a empresa se encontra, a recuperação. Resta-lhe, então, a falência.

As razões para uma atividade empresarial entrar em declínio podem ser as mais diversas, desde fatores internos à empresa –

como a má administração e a defasagem tecnológica da atividade empresarial em relação aos seus concorrentes, o que normalmente gera uma diminuição do mercado consumidor (NEGRÃO, 2014, p. 124) – até fatores externos a ela – como a insurgência de uma crise econômica nacional ou mundial capaz de desestruturar empresa já não tão lucrativa, a desqualificação dos trabalhadores, a impossibilidade de a empresa suportar os encargos tributários a ela impostos, além de outras dificuldades (PIMENTA, 2006, p. 155). Todavia, independentemente das causas ensejadoras da crise econômico-financeira da requerente, o fator crucial para a recuperação judicial é que elas não tenham levado a empresa a uma situação intransponível.

Destarte, para que a empresa possa obter a concessão da recuperação judicial, deve, a princípio, demonstrar que a adversidade financeira por ela atravessada é momentânea, pois, do contrário, não apresentará os aportes necessários para se reaver e continuar normalmente as suas atividades. E, nesse caso, a solução é realmente a falência, uma vez que a conservação dessa empresa em grave crise apenas implicará maiores danos aos credores, aos empregados e aos consumidores.

1.3 Requisitos para a concessão da recuperação judicial

Antes mesmo de se passar ao exame dos requisitos legais a serem preenchidos pelo devedor, é importante analisar-se quem é considerado devedor, nos termos da legislação aplicável à recuperação judicial.

Dessa forma, é dada a possibilidade de requerimento do instituto recuperacional tanto aos empresários individuais como também às sociedades empresárias, ressalvadas as empresas previstas no art. 1º da Lei nº 11.101/2005, às quais não se aplica a legislação falimentar. São elas as empresas públicas e as sociedades de economia mista; e as instituições financeiras públicas ou privadas, cooperativas de crédito, consórcios, entidades de previdência complementar, sociedades operadoras de plano de assistência à saúde, sociedades seguradoras, sociedades de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

Assim, além de satisfazerem o requisito da legitimidade, as empresas requerentes devem cumprir as exigências que a Lei de Recuperação Judicial e Falência estabelece no art. 48, a seguir transcrito:

Art. 48. Poderá requerer recuperação judicial o devedor que, no momento do pedido, exerça regularmente

suas atividades há mais de 2 (dois) anos e que atenda aos seguintes requisitos, cumulativamente:

- I - não ser falido e, se o foi, estejam declaradas extintas, por sentença transitada em julgado, as responsabilidades daí decorrentes;
- II - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial;
- III - não ter, há menos de 5 (cinco) anos, obtido concessão de recuperação judicial com base no plano especial de que trata a Seção V deste Capítulo; (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014)
- IV - não ter sido condenado ou não ter, como administrador ou sócio controlador, pessoa condenada por qualquer dos crimes previstos nesta Lei.

Consoante esse dispositivo, em primeiro lugar exige-se que a empresa exerça atividade regular – comprovada mediante certidão no Registro Público de Empresas – há mais de dois anos, lapso temporal considerado razoável para a requerente, firmada econômica e socialmente, adquirir condições de superar um momento de crise financeira (COELHO, 2013, p. 181). Entretanto, não é necessário que o setor mercadológico por ela explorado tenha sido o mesmo durante esses dois anos, pois basta a comprovação da regularidade durante esse período (CAMPINHO, 2006, p. 127).

Em segundo lugar, a requerente não pode ser falida, pois, caso o seja, o patrimônio a ela pertencente será destinado ao adimplemento das obrigações resultantes da falência, o que inviabilizaria a execução do plano recuperacional (SZTAJN; PITOMBO, 2007, p. 224). Por essa razão, somente se as responsabilidades falimentares houverem sido extintas por decisão judicial transitada em julgado é que a empresa poderá pleitear a recuperação.

Em terceiro lugar, não pode o devedor ter recebido o benefício em questão há menos de cinco anos e, no caso da modalidade especial, há menos de oito anos, visto que, do contrário, sacrificar-se-iam em muito os credores da empresa, os quais teriam de praticamente custear a tentativa de reestruturação da atividade empresarial (SZTAJN; PITOMBO, 2007, p. 224). Ademais, se a requerente obteve há pouco tempo essa vantagem, porém não conseguiu restaurar-se, dificilmente logrará fazê-lo numa nova recuperação judicial, em que provavelmente o estado, a estrutura, o patrimônio, a mão de obra e a clientela da empresa estarão ainda mais solapados. Logo, esse quesito também deve ser atendido.

Por fim, não pode o administrador ou o sócio controlador da requerente ter sido condenado por crime falimentar algum, a exemplo da fraude contra credores, do exercício ilegal de atividade e da omissão de documentos contábeis obrigatórios, pois a recuperação judicial não deve apoiar práticas ilícitas e gestões contrárias ao interesse da empresa. Por essa razão, somente se o responsável houver sido reabilitado é que será possível à empresa pleitear a concessão do benefício (COELHO, 2013, p. 182).

Satisfeitas essas exigências, a empresa estará apta a ajuizar a petição inicial, que, se estiver em conformidade com o art. 51 da Lei de Recuperação Judicial e Falência e com o art. 319 do Código de Processo Civil de 2015, autorizará o juiz a deferir o processamento da recuperação judicial. No mesmo despacho, o magistrado deverá proceder aos atos elencados no art. 52, inclusive ao de determinar a suspensão das ações e das execuções contra o devedor, como se pode ver no inciso III desse dispositivo:

Art. 52. Estando em termos a documentação exigida no art. 51 desta Lei, o juiz deferirá o processamento da recuperação judicial e, no mesmo ato:

[...]

III – ordenará a suspensão de todas as ações ou execuções contra o devedor, na forma do art. 6º desta Lei, permanecendo os respectivos autos no juízo onde se processam, ressalvadas as ações previstas nos §§ 1º, 2º e 7º do art. 6º desta Lei e as relativas a créditos excetuados na forma dos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei.

No entanto, a legislação excluiu alguns créditos da sujeição à referida suspensão, dentre os quais está o crédito tributário, de modo que a execução fiscal instaurada contra a requerente pode prosseguir normalmente, com todos os trâmites previstos na Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80), o que será analisado mais detidamente nos próximos tópicos.

Em seguida, a recuperanda deve apresentar o plano de recuperação, o qual, se não for refutado pelos credores, permitirá a concessão da recuperação judicial, contanto que a empresa junte certidões negativas de débito para com o Fisco, nos termos dos artigos 151, 205 e 206 do CTN. Contudo, como as condições econômicas da empresa são adversas, é bem provável a existência de dívidas também para com a Fazenda Pública, fato que sujeita a comprovação de regularidade tributária à suspensão da exigibilidade do crédito fiscal.

Posto isso, observa-se no art. 151 do CTN que uma dessas causas de inexigibilidade é a adesão ao parcelamento, a qual, como consequência própria dessa facilitação para o pagamento, autoriza a suspensão do feito executivo, inclusive das execuções fiscais contra empresa recuperanda. Entretanto, no caso específico da recuperação judicial, a legislação falimentar dispõe que o parcelamento autorizador da suspensão da execução fiscal contra a requerente deve ser aquele previsto no Código Tributário Nacional e na legislação específica, como se pode conferir no §7º do art. 6º da Lei nº 11.101/2005.

Destarte, a Lei de Recuperação Judicial e Falência previu que lei específica regularia o parcelamento a ser concedido às empresas em recuperação judicial, determinação esta ratificada no CTN, no art. 155-A, § 3º, inserido pela Lei Complementar nº 118/2005. Esse parcelamento especial somente veio a ser criado em 2014, quando editada a Lei nº 13.043.

Por fim, concluídas todas essas etapas, a empresa estará, efetivamente, em recuperação judicial e deverá executar o plano recuperacional, sempre observando as demais previsões legais a respeito.

1.4 O empresário de boa-fé e o empresário de má-fé na recuperação judicial

Para fazer jus à concessão do instituto recuperacional, a requerente deve orientar sua conduta com boa-fé e lealdade perante aqueles que com ela se relacionam, tais como os credores e os consumidores, pois, do contrário, o Direito estaria tutelando práticas claramente prejudiciais a esses sujeitos. Por essa razão, é importante que o magistrado realize o controle de legalidade e analise as motivações do pedido da recuperação judicial, isto é, os fatores que levaram a empresa a solicitar o provimento desse benefício.

Considerando-se que a recuperação judicial visa a condicionar o restabelecimento econômico de empresa em crise por meio do equilíbrio entre os interesses do credor e os da devedora, ela não pode, primeiramente, ser deferida quando essa dificuldade financeira resultar da própria prática dolosa dos administradores da atividade empresarial. Ou seja, caso os sócios-gerentes da requerente tenham agido de má-fé, infringindo a lei, atuando de maneira abusiva ou prejudicando deliberadamente os seus credores, e, por consequência, tenham conduzido a empresa a problemas econômicos, não deverá ser admitida a recuperação judicial dessa atividade.

Ademais, o instituto recuperacional não pode ser utilizado como artifício para os sócios da empresa se furtarem do pagamento dos débitos da pessoa jurídica, aproveitando-se, por exemplo, do fato de as execuções que tramitem contra a recuperanda se suspenderem – ressalvadas algumas situações, como a das execuções fiscais. Por conseguinte, a recuperação judicial não pode proteger os empresários de má-fé, os quais devem, na verdade, ser punidos pelo Judiciário através de mecanismos legais, como a desconsideração da personalidade jurídica.

Posto isso, o instituto se destina apenas às empresas que, ainda que devido a uma administração ineficiente, porém não fraudulenta, estejam com dificuldades financeiras, insuperáveis sem a intervenção judicial na negociação com os seus credores.

Contudo, embora a má-fé do empresário seja determinante para o indeferimento do pedido de recuperação, a boa-fé não implica, necessariamente, a concessão do instituto. Além de agir com boa-fé, o empresário deve demonstrar também que possui as conjunções necessárias à reestruturação, isto é, que, mesmo após a recuperação judicial, terá condições suficientes para exterminar os elementos causadores do desequilíbrio econômico da atividade (PIMENTA, 2006, p. 162).

A título de exemplo, caso a requerente, apesar de estar de boa-fé, não consiga arcar com os custos normais da atividade nem com encargos trabalhistas e com os tributos a ela imputados, ela não apresenta viabilidade econômica legitimadora da concessão do benefício, o qual restará, afinal, sem efeito. Portanto, para ser auxiliada, a empresa precisa demonstrar que apresenta os recursos suficientes para, com o suporte do instituto recuperacional, restabelecer-se definitivamente.

Por conseguinte, não basta a observância dos requisitos previstos no art. 48 da Lei nº 11.101/2005, anteriormente analisado, posto que são indispensáveis, também, a boa-fé do empresário e, por fim, a viabilidade econômica da beneficiária da recuperação judicial.

2 A análise das leis nº 11.101/2005, nº 5.172/1966 (CTN) e nº 6.830/1980

As inovações trazidas pela Lei nº 11.101/2005, que instituiu as recuperações judicial e extrajudicial, revogou a previsão de concordata e modificou alguns aspectos do processo falimentar, produziram efeitos não só em relação ao direito empresarial como também em relação a outros ramos jurídicos, em especial o tri-

butário. Assim aconteceu porque, além de muitas das empresas recuperandas ou falidas serem devedoras fiscais, o crédito tributário foi excluído do concurso de credores, o que autoriza o prosseguimento regular das execuções fiscais ajuizadas contra esses contribuintes.

Portanto, imprescindível seria alterar o Código Tributário Nacional e nele se inserirem normas sobre o tratamento a ser dispensado quanto aos institutos da recuperação e da falência. Como resultado, foi elaborada a Lei Complementar nº 118, publicada em 09 de fevereiro de 2005, mesma data da publicação da Lei nº 11.101/2005, a qual alterou dispositivos do CTN e o adaptou à nova legislação falimentar.

Sendo assim, para se compreender a relação entre empresas em recuperação judicial e o Fisco, é necessário examinar-se a Lei Complementar nº 118 em conjunto com a Lei nº 11.101/2005. Por essa razão, passa-se a analisar mais detidamente essa relação, a disciplina jurídica a ela aplicável e o modo como alguns dos tribunais brasileiros têm decidido as causas a ela atinentes.

2.1 A exclusão do crédito fiscal do concurso de credores e o princípio da indisponibilidade do interesse público

A legislação falimentar estabelece, como regra geral, a suspensão das ações e das execuções ajuizadas contra a empresa requerente, no art. 6º, cuja redação prevê:

Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

Contudo, no § 7º desse artigo, é feita a seguinte restrição:

§ 7º As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica.

No mesmo sentido, o art. 187 do CTN, inserido pela LC nº 118:

Art. 187. A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento.

Como se pode observar, há compatibilidade entre essas normas, pois ambas estabelecem que o fato de ser deferido o processamento de recuperação judicial não impede a continuidade da execução fiscal. Isso implica que, pela literalidade do dispositivo, a execução dos créditos fiscais pode prosseguir com seu trâmite regular, inclusive com os atos assecuratórios e expropriatórios, já que a lei não faz qualquer ressalva a esse respeito.

Tal regramento mais favorável conferido à Fazenda Pública não é, entretanto, novidade no ordenamento jurídico brasileiro, pois ele é concretização dos Princípios da Supremacia e da Indisponibilidade do Interesse Público, que devem pautar os atos administrativos em geral.

Em sendo assim, “interesse público” seria o interesse de todos os sujeitos em proveito dos quais o Estado atua, isto é, seria o “bem comum” a ser realizado em benefício da sociedade, destinatária dos atos da Administração Pública (CUNHA, 2016, p. 30). Por conseguinte, ao Estado cabe resguardar, proteger e materializar o interesse público, o qual deve prevalecer aos interesses tão somente particulares, para que não se favoreçam uns poucos em detrimento de muitos.

Dessa maneira, um dos órgãos estatais mais essenciais para a realização do “bem comum” é justamente a Fazenda Pública, visto que a ela compete a preservação dos recursos públicos (CUNHA, 2016, p. 32). Consequentemente, a má administração ou a defesa deficiente do erário não só prejudicam o Estado; afetam, principalmente, a sociedade, cujas contribuições recolhidas possibilitam a existência desses haveres, sem os quais as atividades estatais ficariam inviabilizadas.

À vista disso, é justificável a concessão de tratamento diferenciado, com as correspondentes prerrogativas, aos créditos tributários, os quais nada mais são do que patrimônio público e, como tal, merecem maior proteção. Logo, a ressalva legal feita às execuções fiscais quanto à paralisação dos processos contra a empresa em recuperação judicial está em pleno acordo com o objetivo de fazer-se prevalecer o interesse público, ainda quando ele estiver em conflito com o interesse privado.

Contudo, não se pode perder de vista o fato de que a preservação da empresa não deixa de ser, mesmo indiretamente, um interesse público, haja vista os diversos efeitos negativos que o encerramento de uma atividade empresarial viável pode causar. Por essa razão, devem-se equilibrar as regras jurídicas e os princípios orientadores dessa matéria, a fim de não se chegar a resultados extremos e desvantajosos para a empresa, para o Estado e para a sociedade.

2.2 Da execução fiscal: noções fundamentais

A execução fiscal é o processo executivo, fundado em título extrajudicial (Certidão de Dívida Ativa) proposto pela Fazenda Pública contra devedores cujos débitos fiscais, de natureza tributária ou não tributária – conforme a Lei nº 4.320/1964 –, tenham sido inscritos em Dívida Ativa. Assim dispõe a Lei nº 6.830/1980, que regula a execução fiscal (CUNHA, 2016, p. 398-399).

A instauração do processo executivo, nesses casos, dá-se com o ajuizamento de petição inicial, indispensavelmente instruída com a Certidão de Dívida Ativa, na qual constarão as informações necessárias acerca do crédito cobrado. Por se tratar de execução fundada em título extrajudicial, cita-se (e não se intima) o réu para que, no prazo de 5 (cinco) dias, ele pague o montante devido, com juros e multa de mora, ou garanta a execução, ou efetuando depósito em dinheiro, ou oferecendo fiança bancária ou seguro-garantia, ou nomeando bens à penhora, ou indicando à penhora um determinado bem que tenha sido oferecido por terceiros e aceito pela credora, segundo os artigos 8º e 9º da Lei de Execuções Fiscais. Dessa maneira, evita-se a frustração do direito fazendário ao crédito, dado que, mesmo se o contribuinte não pagar o valor da dívida, terá de apresentar à penhora um bem que seja suficiente para garantir a utilidade da execução.

Posto isso, uma vez penhorado determinado bem, cujo valor seja o bastante para o adimplemento da dívida para com o Fisco, começará a correr o prazo de 30 (trinta) dias, oferecido ao executado para que apresente a sua defesa, por meio de embargos à execução. Se rejeitados os embargos e mantida essa decisão pelo Tribunal (como geralmente ocorre, posto que o devedor costuma recorrer), prossegue-se à expropriação do bem constrito, a qual pode ser feita por quaisquer dos meios previstos no art. 825 do Código de Processo Civil de 2015, aplicável às execuções fiscais nesse ponto. Portanto, podem-se expropriar os bens do devedor por meio de adjudicação, de alienação ou de apropriação de frutos e rendimentos de empresa ou de estabelecimentos e de outros bens.

Logo, tendo sido realizada a expropriação num valor bastante para a quitação da dívida fiscal, a execução terá logrado a sua finalidade, e o processo poderá ser extinto, porquanto satisfeita a obrigação que lhe deu ensejo (CUNHA, 2016, p. 478).

2.2.1 A aplicação de medidas executivas: atos constritivos e atos expropriatórios

Obviamente, a finalidade do processo executivo (ou da fase de cumprimento de sentença, caso se trate de título executivo judicial) é o adimplemento do crédito exigido, seja por meio de espontâneo pagamento, ainda que através de parcelamento, seja por meio de atos de intervenção estatal no patrimônio do devedor.

Dessa forma, caso o devedor não pague espontaneamente nem ofereça bens à penhora, pode o credor se valer de atos constritivos e de atos expropriatórios para efetivar o seu direito.

As medidas constritivas são aquelas que, para evitar a frustração do crédito ao final do feito executivo, levam o bem do devedor à apreensão e ao depósito e restringem os direitos do proprietário, embora não o façam perder a titularidade sobre o objeto da constrição. Sendo assim, a penhora é o ato construtivo por excelência, pois ela é a garantia para o credor de que o executado não se tornará insolvente e prejudicará, por fim, o direito creditício.

Nesse sentido, a penhora é medida ainda mais relevante para as execuções fiscais, em que, como já explanado, protegem-se recursos públicos, os quais, apesar de geridos pelos entes estatais, pertencem à sociedade. Por essa razão, inclusive, aplica-se tratamento ainda mais rígido aos devedores tributários, posto que, desde a inscrição em Dívida Ativa, a alienação dos bens do executado já será considerada fraudulenta, consoante o art. 185 do CTN, com redação dada pela LC nº 118/2005. Destarte, evita-se, com maior diligência, que o pagamento da importância devida seja malogrado.

Destaque-se, ainda, que a penhora deve ser realizada preferencialmente sobre os bens de maior liquidez, a exemplo do dinheiro, que, conforme previsto no art. 835 do Novo Código de Processo Civil e no art. 11 da Lei nº 6.830/1980, deve ser o primeiro objeto da constrição. Desse modo, obviamente nem todas as modalidades de penhora causarão o mesmo impacto patrimonial ao executado, razão pela qual, mesmo que deva prevalecer o interesse creditício, a execução deve se dar da forma menos gravosa para o devedor. Essa é a previsão do art. 805 do Código de Processo Civil de 2015.

Portanto, caso o devedor não tenha se prontificado a pagar nem a aderir ao parcelamento, que é forma de facilitação do adimplemento da dívida, não só a penhora poderá ser efetivada como também atos expropriatórios poderão ser praticados. Considerando o fato de que a expropriação é a prática regular

posterior à constrição, aliás, o legislador afastou a penhorabilidade de bens considerados essenciais à sobrevivência da pessoa física ou à manutenção das atividades da pessoa jurídica, como disposto no art. 10 da Lei nº 6.830/1980:

Art. 10 - Não ocorrendo o pagamento, nem a garantia da execução de que trata o artigo 9º, a penhora poderá recair em qualquer bem do executado, exceto os que a lei declare absolutamente impenhoráveis.

Essa lista de bens impenhoráveis é taxativa e está prevista no art. 833 do Novo Código de Processo Civil.

Por conseguinte, esses atos de expropriação são, sem dúvida, mais incisivos, porque acarretam para o devedor a perda da propriedade do bem que venha a ser alienado ou adjudicado. Assim, por serem providências bem mais drásticas do que a constrição, as práticas expropriatórias devem ser evitadas quando contra empresas em recuperação judicial e apenas autorizadas se o crédito a ser satisfeito houver sido contraído após a apresentação do plano recuperacional. Isso ocorre porque, do contrário, seria muito mais difícil lograr-se a preservação da empresa, e as desvantagens decorrentes da expropriação seriam provavelmente muito maiores do que a da manutenção da garantia até o fim do tempo da recuperação judicial.

Dessa maneira, é importante buscar-se equilibrar o interesse do credor, por um lado, cuja satisfação é o objetivo primordial do feito executivo, e, por outro lado, a proteção do devedor, o qual não deve ser onerado de maneira abusiva.

2.2.2 O interesse do credor e a menor onerosidade da execução para o devedor

De acordo com o art. 797 do Novo Código de Processo Civil, a execução deve ser realizada no interesse do exequente, cujo crédito deve ser, portanto, prioritariamente adimplido. Como consequência dessa regra, por exemplo, o novo CPC e a Lei de Execuções Fiscais elevam o dinheiro à posição de bem a ser preferencialmente penhorado, tendo em vista a grande eficácia dele para a satisfação do direito creditício.

No entanto, não é por essa razão que se admitirá a aplicação de medidas excessivamente prejudiciais ao devedor, quando por outros meios, igualmente eficazes, o escopo da execução puder ser alcançado. Essa é a orientação, inclusive, prevista no art. 805 do novo CPC, o qual consagra o Princípio da Menor Onerosidade da execução para o devedor.

Esse dispositivo não só autoriza o executado, o exequente, ou ambos, a provocarem o juiz, como também o próprio magistrado a atuar *ex officio*, a exercer o “poder geral de cautela”, quando verificada a desnecessária onerosidade dos instrumentos executivos eleitos. Sendo assim, a aplicação desse princípio requer a existência de vários meios igualmente aptos a realizarem o interesse do credor para, só então, ser possível a escolha da medida que exija um menor sacrifício por parte do devedor. Dessa maneira, impedir-se-á a abusividade do direito ao crédito e velar-se-á pelo Princípio da Boa-fé processual, sem se deixar de cumprir o escopo principal da execução.

Nesse sentido, no que concerne mais especificamente às execuções fiscais contra empresa em recuperação judicial, é ainda mais complexa a aplicação desse princípio, dada a relevância para a sociedade dos interesses em conflito. Assim o é porque, de um lado, há o direito fazendário ao recebimento dos créditos fiscais, o qual deve nortear a execução, cujo propósito substancial é a satisfação do exequente. E, por outro lado, há o interesse de a recuperanda se reestruturar economicamente e continuar em funcionamento, o que beneficia a sociedade, porquanto possibilita a manutenção do aquecimento da economia e da mão de obra empregada, entre outros proveitos.

Portanto, é fundamental a ponderação desses interesses, visto que, se forem utilizadas medidas executivas imoderadas e despropositadas, pode-se tornar impraticável o plano de recuperação judicial. Obviamente, não é essa a maneira mais adequada de se solucionar essa questão, inclusive pelo fato de, uma vez recuperada a empresa, ela estar apta a contribuir com o Fisco, à medida que funcionar regularmente. Tendo esse fato em vista, incumbe ao juiz o referido “poder geral de cautela”, em cujo exercício ele deve observar quais são os meios mais eficazes para a satisfação do crédito fazendário e, também, menos onerosos para a recuperanda, a fim de se lograr a finalidade da execução, sem se abusar do direito de executar (CUNHA, 2016, p. 476).

Como exemplo de medidas menos gravosas, porém eficazes, pode-se citar a substituição da penhora de um bem pela constrição de dinheiro ou, ainda, a apropriação de frutos e rendimentos, em lugar da expropriação do bem gerador dessas rendas (CUNHA, 2016, p. 474).

Destarte, a execução fiscal deve se pautar pelo equilíbrio entre o interesse creditício e a menor onerosidade para o devedor, o que impõe para o juiz a aplicação de atos executórios mais efetivos e, simultaneamente, menos prejudiciais à empresa em recuperação judicial.

2.2.3 A suspensão da exigibilidade do crédito fiscal e o parcelamento especial para empresas em recuperação judicial

Como mencionado, a execução fiscal não é suspensa pelo deferimento da recuperação judicial. No entanto, o CTN prevê algumas possibilidades de se suspender a exigibilidade do crédito fiscal no seu art. 151.

Entre as possibilidades de suspensão da exigibilidade do crédito tributário dispostas nesse artigo, há o parcelamento, o qual, uma vez aderido e cumprido regularmente pelo contribuinte, impedirá que contra ele sejam praticadas medidas executivas, tal como previsto no art. 6º, § 7º, da Lei nº 11.101/2005.

Por esse motivo, foi dada à empresa recuperanda a oportunidade de parcelar a dívida tributária, como forma de se evitar a frustração do direito fazendário e, ao mesmo tempo, de se permitir que o pagamento desses haveres seja conciliado ao cumprimento do plano recuperacional. Logo, o parcelamento deveria ser concedido de acordo com a previsão no CTN e na legislação específica, consoante esse artigo e, também, o art. 155-A do CTN, *in verbis*:

Art. 155-A. O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

Entretanto, tendo em conta a necessidade de comprovação de regularidade fiscal para a concessão de recuperação judicial, mesmo que o plano já tenha sido aprovado pelos credores, a legislação tributária dispôs que a inexistência da referida lei específica implicaria a aplicação das leis gerais do parcelamento às empresas em recuperação judicial. Com essa solução, portanto, nem a empresa seria de todo prejudicada pela demora do Legislativo em elaborar essa lei, nem a Fazenda Pública deixaria de obter o pagamento dos seus créditos.

Além disso, mesmo se não estiver presente nenhuma das causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário previstas no art. 151 do CTN, é possível a comprovação da regularidade se apresentada a certidão positiva com efeitos de negativa, conforme autorizado pelas seguintes regras da legislação tributária:

Art. 205. A lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por **certidão negativa**, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa,

domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido.

Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que **tenha sido efetivada a penhora**, ou cuja **exigibilidade esteja suspensa**.

Dessa forma, interpretando-se conjuntamente esses dispositivos, conclui-se que a recuperação judicial somente poderá ser concedida às empresas que, sendo devedoras fiscais também, hajam aderido ao parcelamento, seja ele específico, seja ele genérico; ou, por alguma outra causa prevista no art. 151, tenham obtido a suspensão da exigibilidade do crédito tributário; ou, estando no polo passivo de execução fiscal, tenham tido bens penhorados.

Consequentemente, observa-se que, em nenhum momento, a lei impossibilitou a prática de atos constritivos contra empresa em recuperação, mas, do contrário, tornou-lhe requisito para a concessão do instituto recuperacional, quando nenhuma das outras causas de suspensão estiverem presentes.

Entretanto, na prática, algumas dificuldades de aplicação dessas regras ocorreram, posto que, em primeiro lugar, passaram-se quase dez anos até essa lei específica vir a ser elaborada. Ou seja, durante todos esses anos, as recuperandas apenas poderiam aderir ao parcelamento geral, o qual, obviamente, não é o mais apropriado para empresas que estão tentando se reestruturar de uma crise. Esse fato levou o Judiciário, então, a dispensar a apresentação das certidões negativas, o que, por outro lado, não está de acordo com a lei, a qual ofereceu alternativas à empresa, mas, em momento algum, prescindiu da comprovação da regularidade fiscal.

Finalmente, a referida lei específica, de nº 13.043, foi elaborada e publicada em 13 de novembro de 2014, e, no seu art. 10-A, foi regulado o parcelamento específico.

Apesar disso, posicionamentos diversos foram adotados acerca dessa matéria pelos tribunais brasileiros, razão pela qual se faz necessário o exame mais detalhado das diferentes formas como essas questões têm sido decididas.

3 Da análise sobre a aplicabilidade de medidas de execução contra empresa em recuperação judicial

Conforme a legislação apresentada, os atos executivos – os constritivos e os expropriatórios – são plenamente aplicáveis con-

tra empresas em recuperação judicial nas execuções fiscais que contra elas tramitem. Não obstante essa autorização legal, alguns juízes e tribunais decidiram por restringir o emprego dessas medidas, seja apenas permitindo a penhora de bens do devedor, seja sequer permitindo a prática de atos constritivos, tendo em consideração a finalidade de preservação da atividade empresarial.

À vista dessas diferentes orientações jurisprudenciais, podem-se observar três diretrizes seguidas pelos julgadores.

A primeira tese, aqui denominada de “Tese Conservadora”, admite não só a efetivação de atos constritivos como também de atos expropriatórios, uma vez que se fundamenta na literalidade dos dispositivos reguladores dessa questão. A segunda tese, por seu turno, a “Tese Preservacionista”, é defendida pelos julgadores que nem admitem a prática de atos de constrição, nem de alienação contra a recuperanda, em virtude dos Princípios da Função Social e da Preservação da Empresa. Por fim, a terceira tese, a “Tese Mista”, entende que, sim, é possível a realização de penhora, mas não de atos de alienação dos bens da empresa recuperanda, pois esta seria medida muito prejudicial à devedora.

Destarte, tendo sido brevemente apresentadas as linhas de entendimento seguidas pelos tribunais brasileiros, segue-se ao estudo de cada uma delas.

3.1 As teses jurisprudenciais e os seus fundamentos

3.1.1 A Tese Conservadora

De acordo com a Tese Conservadora, devem-se interpretar os dispositivos referentes à execução fiscal contra empresa em recuperação judicial de maneira literal, isto é, admitindo-se plenamente a utilização de medidas executivas, desde as constritivas até as executórias.

Portanto, como a execução fiscal não é suspensa pelo deferimento da recuperação judicial, e, como o crédito tributário é preferido em relação a qualquer outro, a cobrança deve prosseguir normalmente, inclusive com a efetivação da penhora conforme a ordem de preferência prevista no art. 11 da Lei de Execuções Fiscais. Logo, é perfeitamente admissível, consoante os conservadores, que sejam penhorados ativos financeiros do devedor em benefício do crédito fazendário, porquanto o dinheiro deve ser o primeiro objeto de constrição a ser alcançado, como anteriormente mencionado.

Isso posto, tem-se que:

O prosseguimento da execução fiscal, em paralelo à recuperação judicial, naturalmente deve ser pleno, atingindo-se o seu ápice e objetivo final, que é a satisfação do credor exequente. Logo, [...] nada impede a alienação de bens anteriormente onerados e a entrega do produto da sua alienação à Fazenda Pública (CASTRO, 2013, p. 133).

Nesse sentido, pode-se verificar primeiramente o seguinte acórdão, proferido TRF-5ª Região. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENHORA REALIZADA EM SEDE DE EXECUÇÃO FISCAL. PEDIDO DE LIBERAÇÃO DA CONSTRIÇÃO. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. Agravo de Instrumento manejado pelo particular em face da decisão que indeferiu o pedido de desbloqueio de ativos financeiros, sob a alegação de que a penhora está inviabilizando o seu plano de recuperação judicial, bem como que aderiu a parcelamento tributário, o que ensejou a suspensão da exigibilidade do débito fiscal.

2. Nos autos da Execução Fiscal foi efetuada penhora via BACENJUD e RENAJUD na importância de R\$ 6.399,78 (seis mil, trezentos e noventa e nove reais e setenta e oito centavos) e a dívida diz respeito a créditos tributários não recolhidos, no valor de R\$ 1.374.659,52 (um milhão, trezentos e setenta e quatro mil, seiscentos e cinquenta e nove reais e cinquenta e dois centavos).

3. A recuperação judicial é modalidade de renegociação de débitos privados e não tem o condão de suspender o processamento da Execução Fiscal, nos moldes preconizados pelo art. 6º, parágrafo 7º, da Lei nº 11.101/2005 e arts. 5º e 29, da Lei nº 6.830/1980.

4. Os créditos da Fazenda Nacional têm preferência sobre qualquer outro, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho (art. 186, CTN).

5. O art. 187 do CTN dispõe, ainda, que, “a cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento”.

6. Nos termos da jurisprudência do STJ, “o parcelamento da dívida tributária, por não extinguir a obrigação, implica a suspensão da execução fiscal, e não sua extinção, que só se verifica após quitado o débito, motivo pelo qual a penhora realizada em garantia do crédito tributário deve ser mantida até o cumprimento integral do acordo” (AgRg

nos EDcl no REsp 1542201/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2015, DJe 26/10/2015). Agravo de Instrumento improvido. (PROCESSO: 08060033420154050000, AG/SE, DESEMBARGADOR FEDERAL CID MARCONI, 3ª Turma, JULGAMENTO: 10/12/2015, PUBLICAÇÃO: 11/12/2015, grifos nossos).

Ademais, o Tribunal de Justiça de São Paulo seguiu a mesma orientação, como se pode ver neste julgado:

Agravo de Instrumento – Execução Fiscal – ISS – Empresa em recuperação judicial – **Decisão agravada que deferiu pedido de penhora on line dos ativos financeiros – Possibilidade – Crédito fiscal que não se suspende com a recuperação judicial – Inteligência do artigo 6º, parágrafo 7º da Lei nº 11.101/05, artigo 655 do CPC e art. 11 da Lei 6.830/80** – Recurso não provido. (Relator(a): Cláudio Marques; Comarca: Adamantina; Órgão julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 25/02/2016; Data de registro: 29/02/2016, grifos nossos).

Desta vez, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu ser possível até mesmo a penhora sobre o faturamento mensal da empresa, como se pode observar:

Agravo de Instrumento – Execução Fiscal – **Penhora sobre o faturamento mensal da empresa executada – Possibilidade desde que: a) comprovada a inexistência de outros bens passíveis de garantir a execução, ou, sejam os indicados de difícil alienação; b) nomeação de administrador (arts. 678 e 719, caput do CPC), ao qual incumbirá a apresentação das formas de administração e pagamento; c) fixação de percentual que não inviabilize a atividade econômica da empresa** – Retorno da pesquisa BACENJUD com bloqueio de valores irrisórios – Ausência de indicação de outros bens, que torna viável a penhora sobre o faturamento - Redução do percentual – Impossibilidade - Redução do percentual que implicaria na eternização da dívida - Ausência de prova, ademais, de que a penhora de trinta por cento do faturamento inviabilizará a atividade econômica da empresa - Recurso desprovido. (Relator(a): Oscild de Lima Júnior; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 11ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 14/04/2016; Data de registro: 14/04/2016, grifos nossos).

Por fim, esse mesmo entendimento foi aplicado pelo TRF-1ª Região, o qual admitiu, igualmente, a penhora sobre 5% do

faturamento mensal da recuperanda, como se pode verificar adiante:

PROCESSUAL CIVIL - TRIBUTÁRIO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COMO AGRAVO REGIMENTAL - EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA - POSSIBILIDADE. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. [...]

2. Trata-se de agravo regimental interposto pela LOTAXI TRANSPORTES URBANOS LTDA em face de decisão que negou seguimento ao presente agravo de instrumento, nos termos do art. 557, caput, do CPC c/c art. 29 do RITRF/1ª Região, protocolizado - por sua vez - contra decisão que deferiu pedido de substituição da penhora do bem ofertado pela executada à p. 130 pelos bens indicados pela exequente à p. 322 (in fine) e determinou que se proceda ao desconto mensal do valor equivalente a 5% (cinco por cento) dos créditos relativos ao transporte de passageiros, havidos perante o Sistema de Transporte Público Coletivo do Distrito Federal - STPC/DF, apurados em favor da executada nos relatórios de resgate de crédito, emitidos pela operadora do Sistema de Bilhetagem Eletrônica (SBA), hoje o DFtrans, em garantia da execução e, a lare, propiciando o prosseguimento das atividades da executada.

3. A jurisprudência desta Corte e do e. STJ é firme no sentido de admitir a penhora sobre o faturamento somente em situações excepcionais e em percentual que não inviabilize as atividades da empresa.

4. A penhora incidente sobre faturamento da empresa é medida excepcional, admissível, pela jurisprudência de nossos tribunais, na hipótese de inexistirem bens livres e desembaraçados suficientes para garantir a execução ou quando existirem bens de difícil alienação. (Precedente: STJ, AgRg no Ag 880.231/RJ) (in AGA 1999.01.00.058754-4/MG, Rel. Desembargador Federal Carlos Olavo, Sétima Turma, Re-DJF1 p.3 21 de 10/10/2008).

5. Nesse sentido, o colendo STJ já se manifestou, inúmeras vezes, sobre a possibilidade da penhora recair sobre o faturamento da empresa, em percentual razoável (normalmente 5%) e que não prejudique as suas atividades (AgRg no Resp. 1.320.996/RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 11/9/2012, AgRg no Ag. 1.359.497/RS, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES, DJ de 24/3/2011, AgRg no Resp. 1.328.516/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJ de 17/9/2012; AgRg na MC 19.681/SC, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/12/2012, DJe 19/12/2012 e AgRg no AREsp. 242.970/PR, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 22/11/2012).

6. Tendo em vista as particularidades do caso concreto (penhora sobre o faturamento), tal medida, na proporção fixada, vai ao encontro dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, bem como da manutenção da viabilidade econômica da executada.

7. De acordo com a dicção do artigo 6º, § 7º, da Lei 11.101/2005 “As execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica”. A par disto, o art. 187 do CTN, no mesmo sentido, determina que “a cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento”. Precedentes.

8. Agravo Regimental não provido. (AGA – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – 0025745-94.2012.4.01.0000 – DF – DESEMBARGADOR FEDERAL REYNALDO FONSECA – 7ª turma – JULGAMENTO: 29/07/2014 – PUBLICAÇÃO: 08/08/2014, grifos nossos).

Destarte, de acordo com a Tese Conservadora, enfim, é injustificada a inadmissão de atos constritivos e de atos expropriatórios contra recuperanda devedora da Fazenda Pública, dado que a cobrança de créditos tributários não se sujeita ao plano recuperacional. Contudo, essa não é uma questão pacífica, pois, como se demonstrará, muitas decisões têm flexibilizado as normas que determinam a continuidade da execução fiscal e dado preferência à preservação da empresa.

3.1.2 A Tese Preservacionista

A “Tese Preservacionista” fundamenta-se, principalmente, nas finalidades do instituto recuperacional, isto é, preservar-se a atividade empresarial e realizar-se a função social da empresa.

Como decorrência desses objetivos, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que os atos executivos capazes de reduzir o patrimônio da empresa em recuperação judicial não devem ser permitidos enquanto vigente o benefício (AgRg no REsp 1.519.405/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 28/4/2015, DJe 06/5/2015).

Posto isso, não obstante reconheçam o fato de a execução fiscal não se suspender pelo deferimento da recuperação judicial, os preservacionistas consideram que não só os atos expropriatórios mas também os atos constritivos inviabilizam a execução do plano recuperacional, por colocarem em risco o funcionamento da empresa em crise.

Assim entendeu o STJ neste julgado:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. SOCIEDADE EMPRESÁRIA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ATOS QUE IMPLIQUEM RESTRIÇÃO PATRIMONIAL. REEXAME PROBATÓRIO.

1. Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, o deferimento do processamento de recuperação judicial não é capaz de suspender, por si só, as execuções fiscais. Contudo, nos termos do art. 6º, § 7º, da Lei n. 11.101/05, os atos judiciais que reduzam o patrimônio da empresa em recuperação judicial devem ser obstados enquanto mantida essa condição (AgRg no REsp 1.519.405/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 28/4/2015, DJe 6/5/2015).

2. Não cabe, na via especial, rever entendimento da Corte de origem de que não há prova de que a penhora signifique a impossibilidade de continuidade da empresa. Inteligência da Súmula 7/STJ.

3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 779.631/DF, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), SEGUNDA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 24/05/2016, grifos nossos).

A propósito, alguns doutrinadores defendem que nem mesmo deveria ser dada aos créditos fiscais a prerrogativa de não se sujeitarem ao processo de recuperação judicial, uma vez que, nesse caso, o objetivo primordial é o de reestruturação da empresa. Para Campinho (2006, p. 168-169), por exemplo, a legislação concede demasiadas vantagens ao Fisco, em detrimento da recuperanda, pois, além de não sujeitar o crédito tributário ao processo falimentar, exige da devedora a comprovação da regularidade fiscal, o que seria muito gravoso para ela.

No entanto, esse é um assunto bastante controvertido e gera decisões em sentidos divergentes inclusive dentro de um mesmo tribunal, como é o caso do TRF-5ª Região. Esse tribunal, reputando por prioritária a satisfação do direito fazendário, decidiu autorizar o trâmite da execução fiscal sem quaisquer restrições. Todavia, em decisão mais recente, aplicou a Tese Preservacionista, julgou impossível a penhora de bens da recuperanda e, conseqüentemente, deu provimento ao recurso por ela interposto. Confira-se:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. SOCIEDADE EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ATOS EXPROPRIATÓRIOS NO JUÍZO DA EXECUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO PROVIDO.

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto por MENDO SAMPAIO SA contra decisão da douta Juíza Federal da 5ª. Vara da SJ/AL que indeferiu a suspensão da execução fiscal em virtude da existência de processo de recuperação judicial.

2. Estando a empresa agravante em recuperação judicial, a penhora de seus bens efetuada em sede de execução fiscal poderá obstaculizar o plano de pagamento já deferido no âmbito do Juízo Estadual. Com efeito, embora a recuperação judicial não suspenda a execução fiscal em curso, não poderão ser determinados atos de constrição que inviabilizem os objetivos traçados no plano de pagamento estabelecido, haja vista os ditames estabelecidos pela Lei 11.101/05. Precedentes: AGRCC 201102777289, NANCY ANDRIGHI, STJ - SEGUNDA SEÇÃO, DJE DATA: 20/11/2012; AG 00048997920114050000, Desembargador Federal Sérgio Murilo Wanderley Queiroga, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data: 12/05/2011 - Página:368; AG 00157089420124050000, Desembargador Federal Francisco Wildo, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data: 21/02/2013 - Página:74.

3. Agravo de instrumento provido. (PROCESSO: 08065091020154050000, AG/SE, DESEMBARGADOR FEDERAL MANOEL ERHARDT, 1º Turma, JULGAMENTO: 20/02/2016, PUBLICAÇÃO: 22/02/2016, grifos nossos).

Igual divergência de entendimento pode ser constatada no Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual aderiu, desta vez, à Tese Preservacionista, diferentemente do que fez no julgado citado no tópico anterior. Observe-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Execução fiscal – **Penhora de bens de empresa em recuperação judicial – Inadmissibilidade – Atos constritivos na execução fiscal que podem inviabilizar a recuperação judicial da executada** – Precedentes do STJ e desta Corte. RECURSO PROVIDO.

“As execuções fiscais ajuizadas em face da empresa em recuperação judicial não se suspenderão em virtude do deferimento do processamento da recuperação judicial, ou seja, a concessão da recuperação judicial para a empresa em crise econômico-financeira não tem qualquer influência na cobrança judicial dos tributos por ela devidos. **Embora a execução fiscal, em si, não se suspenda, são vedados atos judiciais que reduzam o patrimônio da empresa em recuperação judicial, enquanto for mantida essa condição. Isso porque a interpretação literal do art. 6º, § 7º, da Lei 11.101/05 inibiria o cumpri-**

mento do plano de recuperação judicial previamente aprovado e homologado, tendo em vista o prosseguimento dos atos de constrição do patrimônio da empresa em dificuldades financeiras” (STJ, CC 116213/DF, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 28/09/2011, DJe 05/10/2011). (Relator(a): Vicente de Abreu Amadei; Comarca: Guaratinguetá; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 08/03/2016; Data de registro: 09/03/2016, grifos nossos).

Por conseguinte, a Tese Preservacionista defende a anteposição do interesse em se reestruturar a empresa em crise ao direito fazendário, mesmo que, para isso, este seja sacrificado, ao menos durante a vigência da recuperação judicial.

3.1.3 A Tese Mista

Finalmente, há a tese aqui denominada de Mista, pelo fato de visar a equilibrar os interesses em conflito, nem desconhecendo o direito da Fazenda Pública à satisfação do crédito tributário, nem colocando em risco o cumprimento do plano recuperacional.

Dessa maneira, os juristas que a defendem admitem a prática de atos constritivos contra a recuperanda, também pelo fato de, como é cediço, a execução fiscal poder tramitar regularmente. Para essa tese, obstar-se toda e qualquer medida executiva, mesmo a meramente assecuratória, seria violar a determinação legal que impõe a continuidade da cobrança do crédito tributário. Logo, a penhora de bens da devedora seria, em regra, admissível.

No entanto, já em relação aos atos expropriatórios, a exemplo da alienação, do leilão e da adjudicação dos bens constritos, não haveria a mesma possibilidade, posto que essas práticas, sim, poderiam frustrar o soerguimento da empresa em dificuldades. Obviamente, se a empresa contava com esses bens para o cumprimento do plano, perdê-los poderá inviabilizar a sua recuperação. Por essa razão, permite-se a penhora, que servirá como garantia do futuro adimplemento da dívida fiscal, mas não a expropriação, a qual é bem mais agressiva e pode, realmente, prejudicar a empresa cuja situação financeira já é complicada.

Para esclarecer tal posicionamento jurisprudencial, é válida a leitura de julgados que demonstram as razões de assim decidir.

A propósito, têm sido colacionadas decisões de um mesmo tribunal justamente para se comprovar a existência de dissensão

entre os julgadores do próprio órgão quanto a esse tema. Sendo assim, leia-se este julgado, proferido recentemente pelo TRF-5ª Região, que divergiu da orientação seguida nas decisões já apresentadas:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PARCELAMENTO DA LEI 10.522/02. CONDIÇÕES NÃO PREENCHIDAS. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRÁTICA DE ATOS QUE IMPORTEM EXPROPRIAÇÃO DE BENS. IMPOSSIBILIDADE. PROVIMENTO PARCIAL.

1. Dos autos verifica-se que, dos 4 (quatro) comprovantes de pagamentos de GPS juntadas, apenas 2 (duas) trazem os números das CDAs respectivas, estando, dessa forma, comprovados os pagamentos da parcela 1/60 das Certidões de Dívida Ativa nº 40.402.919-1 e 36.754.779-1.

2. Por meio de petição, a Fazenda Nacional informa que os parcelamentos aludidos pela executada foram rescindidos por falta de pagamento, não havendo assim causa para a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

3. Conquanto seja possível a realização da penhora de bens da empresa em recuperação judicial, a realização de leilão e consequente expropriação de bens que compõem o patrimônio da empresa em recuperação judicial inviabilizará o cumprimento do plano de recuperação.

4. Agravo de instrumento parcialmente provido, **apenas para obstar os atos que impliquem na expropriação dos bens que porventura venham a ser penhorados** nos autos da Execução Fiscal nº 0002170-68.2013.4.05.8000.

(PROCESSO: 08058812120154050000, AG/SE, DESEMBARGADOR FEDERAL EDÍLSON NOBRE, 4ª Turma, JULGAMENTO: 14/01/2016, 15/01/2016, grifos nossos).

Alguns julgados, por outro lado, admitiram apenas a constrição de determinados bens, mas não a penhora, por exemplo, de percentual do faturamento da empresa ou de ativos financeiros, tendo em vista o caráter mais oneroso que a indisponibilidade desses bens apresenta. Nesse sentido, foi proferida esta decisão pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, cuja ementa possui a seguinte redação:

TRIBUTÁRIO E FALIMENTAR – EXECUÇÃO FISCAL – SUSPENSÃO DE ATOS CONSTRITIVOS – EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL – CONFLITO DE INTERESSES PÚBLICOS – PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA – SUSPENSÃO DOS ATOS DE ALIENAÇÃO DO PATRIMÔNIO DO DEVEDOR.

O processamento da recuperação judicial não suspende a execução fiscal, mas impede os atos de alienação do patrimônio do devedor. Precedentes do Colendo STJ. Penhora de faturamento. Inadmissibilidade. Decisão mantida. Recurso desprovido. (Relator(a): Décio Notarangeli; Comarca: Cotia; Órgão julgador: 9ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 02/03/2016; Data de registro: 02/03/2016, grifos nossos).

Podem-se destacar, ademais, trechos dessa decisão, em que se pode perceber a tentativa de se conciliar o interesse fazendário com os objetivos da recuperação judicial. Observe-se:

Na espécie consta que a agravada está em recuperação judicial (fls. 14/15). Nessas circunstâncias, e na esteira do entendimento jurisprudencial antes mencionado, **estão automaticamente suspensos os atos que impliquem alienação do patrimônio da devedora na execução fiscal – mas só estes, insista-se – devendo a execução fiscal prosseguir nos atos de constrição** (penhora, avaliação, etc.), que não se suspendem pelo deferimento de recuperação judicial.

A penhora de faturamento, porém, se reveste de peculiaridade, pois implica perda da disponibilidade sobre os ativos financeiros e redução indireta do patrimônio colocando em risco o próprio cumprimento do plano de recuperação judicial previamente aprovado. Assim, em atenção aos princípios da função social e manutenção da empresa, deve a execução prosseguir com outros atos de constrição, afastada a penhora on line de ativos financeiros. (Agravado de Instrumento; processo nº 2027367-09.2016.8.26.0000, 9ª Câmara de Direito Público, Tribunal de Justiça de São Paulo, Comarca de Cotia; Relator: Décio Notarangeli; Julgamento: 02/3/2016; Registro: 02/3/2016, grifos nossos).

Como se pode notar, a Tese Mista busca solução intermediária, mais atenta às peculiaridades do caso em análise, a fim de evitar a frustração tanto do crédito tributário como da recuperação da empresa (BORGES, 2013, p. 129-135). Para tanto, assim como foi feito no julgado supracitado, fundamenta-se no Princípio da Menor Onerosidade para o Devedor, o qual deve orientar o magistrado quando do exame do cabimento, ou não, de determinadas medidas executivas contra o executado, conforme este dispositivo da legislação processual civil:

Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.

Sendo assim, muito interessante foi a solução encontrada pela 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça no acórdão proferido no AgRg no AREsp 543830/PE, publicado em 10 de setembro de 2015.

Nesse julgado, o Ministro e relator do recurso, Herman Benjamin, divergiu da jurisprudência da Corte Superior, a qual flexibilizava a exigência de comprovação da regularidade da recuperanda para com o Fisco, dada a inexistência, até 2014, de lei que previsse o parcelamento específico para as empresas em recuperação judicial. Consoante já explicado, a adesão ao parcelamento causa a suspensão da execução fiscal, desde que regularmente cumprido o pagamento das respectivas parcelas. Ou seja, se a empresa houver parcelado os seus débitos fiscais, ou se alguma das demais causas suspensivas houver ocorrido – entre as quais está a penhora efetivada antes da concessão do instituto recuperacional –, o feito executivo fiscal não poderá tramitar contra ela.

Destarte, considerando que não se podem renegociar os créditos privados da recuperanda em detrimento dos créditos fazendários, o Superior Tribunal de Justiça decidiu da seguinte forma.

Se o plano de recuperação judicial houver sido concedido mediante a comprovação da regularidade fiscal da empresa, com a apresentação das Certidões Negativas de Débito ou das Certidões Positivas com Efeitos de Negativas, como exigem os art. 57 e 58 da legislação falimentar, a execução fiscal deve ser suspensa, dada a inexigibilidade do crédito fiscal nesse caso, conforme o art. 151 do CTN. Do contrário, se não foi comprovada a regularidade fiscal da recuperanda, consoante o art. 6º, § 7º da Lei nº 11.101/2005, a execução fiscal não poderá ser paralisada.

Por outro lado – e é esta consideração que permite enquadrar-se esse entendimento na Tese Mista –, admitiu-se, nesse julgamento, a flexibilização das medidas constritivas, em virtude do Princípio da Menor Onerosidade previsto no art. 805 do Novo Código de Processo Civil, antes transcrito. Observe-se a ementa desse acórdão:

PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. DECISÃO MONOCRÁTICA, CONFIRMADA NO JULGAMENTO DO AGRAVO INTERNO. NULIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 557 DO CPC.

INEXISTÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. BLOQUEIO UNIVERSAL DE BENS. ART. 185.-A DO CTN. INAPLICABILIDADE EM RELAÇÃO ÀS EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXÉGESE HARMÔNICA DOS ARTS. 5º E 29 DA LEI 6.830/1980 E DO ART. 6º, § 7º, DA LEI 11.101/2005.

[...]

3. Segundo preveem o art. 6, § 7º, da Lei 11.101/2005 e os arts. 5º e 29 da Lei 6.830/1980, o deferimento da Recuperação Judicial não suspende o processamento autônomo do executivo fiscal.

4. Importa acrescentar que a medida que veio a substituir a antiga concordata constitui modalidade de renegociação exclusivamente dos débitos perante credores privados.

[...]

10. Dessa forma, deve-se adotar a seguinte linha de compreensão do tema: a) constatado que a concessão do Plano de Recuperação Judicial foi feita com estrita observância dos arts. 57 e 58 da Lei 11.101/2005 (ou seja, com prova de regularidade fiscal), a Execução Fiscal será suspensa em razão da presunção de que os créditos fiscais encontram-se suspensos nos termos do art. 151 do CTN; b) caso contrário, isto é, se foi deferido, no juízo competente, o Plano de Recuperação judicial sem a apresentação da CND ou CPEN, incide a regra do art. 6º, § 7º, da Lei 11.101/2005, de modo que a Execução Fiscal terá regular prosseguimento, pois não é legítimo concluir que a regularização do estabelecimento empresarial possa ser feita exclusivamente em relação aos seus credores privados, e, ainda assim, às custas dos créditos de natureza fiscal.

11. Nesta última hipótese, seja qual for a medida de constrição adotada na Execução Fiscal, será possível flexibilizá-la se, com base nas circunstâncias concretas, devidamente provadas nos autos e valoradas pelo juízo do executivo processado no rito da lei 6.830/1980, for apurada a necessidade de aplicação do princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC).

12. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, parcialmente provido para anular o acórdão hostilizado. (REsp 1480559/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 30/03/2015, grifos nossos).

Dessa forma, a Tese Mista, diferentemente das teses anteriormente explanadas, busca harmonizar, e não extremar, a indisponibilidade do crédito tributário e a preservação da empresa.

4 Da conciliação entre a preservação da empresa e a indisponibilidade do crédito fiscal

4.1 Da possibilidade de aplicação de atos constritivos

À vista das considerações feitas em relação à finalidade e ao procedimento da recuperação judicial, à sua relação com o crédito tributário e com as execuções fiscais e, por fim, às diversas orientações seguidas pelos tribunais brasileiros, pode-se, então, propor a pacificação da jurisprudência pela aplicação da tese que melhor se adapte às peculiaridades dessas questões.

Em sendo assim, observa-se que a tese mais adequada a solucionar os conflitos entre os interesses da Fazenda Pública e os da empresa em recuperação judicial é, de fato, a Tese Mista. Isso ocorre porque, admitindo-se a efetivação de práticas constritivas, está-se garantindo a satisfação do crédito tributário e evitando-se que a execução fiscal reste ineficaz, o que é desejável (BORGES, 2013, p. 133). Consequentemente, cumpre-se a determinação legal de que o feito executivo fiscal não deve ser suspenso pelo deferimento da recuperação judicial e, principalmente, não se negligencia o caráter fundamental do dever de pagar tributos (PISANI, 2015, p. 209-222).

Por outro lado, com o impedimento de que medidas constritivas sejam feitas em relação aos bens incluídos no plano recuperacional da empresa, possibilita-se a manutenção de condições favoráveis à reestruturação das atividades empresariais e à sua preservação. Logo, propicia-se, com isso, a realização da função social da empresa, a qual abrange não só os interesses dos sócios da empresa como também dos trabalhadores, dos consumidores e do Fisco também, já que, sem rendas, as empresas não poderão recolher tributos.

Entretanto, é importante atentar que, embora o direito fazendário ao crédito deva prevalecer, até pelo fato de a cobrança desses valores dever prosseguir, não se pode promover a execução de maneira desnecessariamente onerosa para o devedor. Especialmente no caso da empresa em recuperação judicial, cuja situação financeira está ainda mais fragilizada, deve-se sempre ter em vista o Princípio da Menor Onerosidade para o Devedor, o qual refreará medidas excessivamente gravosas para a recuperanda.

Finalmente, conclui-se pela possibilidade, sim, de se aplicarem medidas executivas contra a empresa recuperanda, mas não de atos expropriatórios. Ainda assim, devem ser examinadas as peculiaridades do caso em questão, a fim de o direito fazendário ao crédito ser conciliado a atos executórios que não levem a

devedora em recuperação judicial a não conseguir cumprir o plano recuperacional.

Conclusão

A Lei nº 11.101/2005, ao criar a recuperação judicial, permitiu que unidades produtivas em crise, porém viáveis, tivessem a oportunidade de negociar com os seus credores e de tentar reestruturarem-se, continuando, portanto, a realizar a função social da empresa.

Por essa razão, pode-se afirmar que o instituto recuperacional tem como finalidade a preservação da empresa, por visar a justamente evitar ao máximo o encerramento de atividades empresariais capazes de superar as dificuldades financeiras por elas enfrentadas. É justamente por ter esse objetivo que as ações e as execuções ajuizadas contra o devedor devem ser suspensas.

No entanto, nem todos os credores da recuperanda se sujeitam a essa suspensão, porquanto a alguns deles foi dada a possibilidade de executarem o devedor, mesmo se deferido o benefício previsto na Lei nº 11.101/2005. Esse é o caso dos créditos devidos à Fazenda Pública, a qual pode instaurar ou dar continuidade a cobranças de valores a ela devidos pela empresa em recuperação judicial, dada a determinação do art. 6º, § 7º, da legislação falimentar.

Embora as execuções fiscais instauradas contra empresas em recuperação judicial não se suspendam, é possível que a efetivação de medidas executivas prejudiquem o cumprimento do plano recuperacional. É por esse motivo que a jurisprudência se divide sobre a questão de se admitir, ou não, a prática de atos constitutivos e/ou de atos expropriatórios contra a empresa em recuperação judicial.

Dessa forma, apesar de haver posicionamentos que consideram aplicáveis todas as medidas executórias contra a unidade produtiva em recuperação e outros que não admitem qualquer providência executiva contra a devedora, assume-se aqui um posicionamento intermediário, ou seja, admitem-se atos assecuratórios, mas não expropriatórios. Assim é feito, visto que, do contrário, ou estar-se-ia negligenciando a indisponibilidade do interesse público e a preferência ao crédito tributário, ou estar-se-ia inviabilizando, na maior parte dos casos, a execução do plano de recuperação pela empresa.

Destarte, adotando-se essa orientação mais equilibrada, não se onera de todo o credor, nem se prejudica o devedor. Enfim, perfaz-se a finalidade do feito executivo, que é a de satisfazer o

direito creditório, sem se desatentar para o parâmetro da menor onerosidade para o devedor.

Referências

BORGES, Tarcísio Barros. A Execução Fiscal e a Recuperação Judicial: Possibilidade de venda da empresa *in totum* por Força de Decisão do Juízo Executivo. **Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)**, v. 119, p. 129-135, fev. 2013.

CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa: o novo regime da insolvência empresarial**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CASTRO, Raphael Silva e. A Recuperação Judicial da Empresa Devedora da Fazenda Pública. **Revista Dialética de Direito Tributário (RDDT)**, v. 208, p. 128-146, jan. 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências e de recuperação de empresas**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

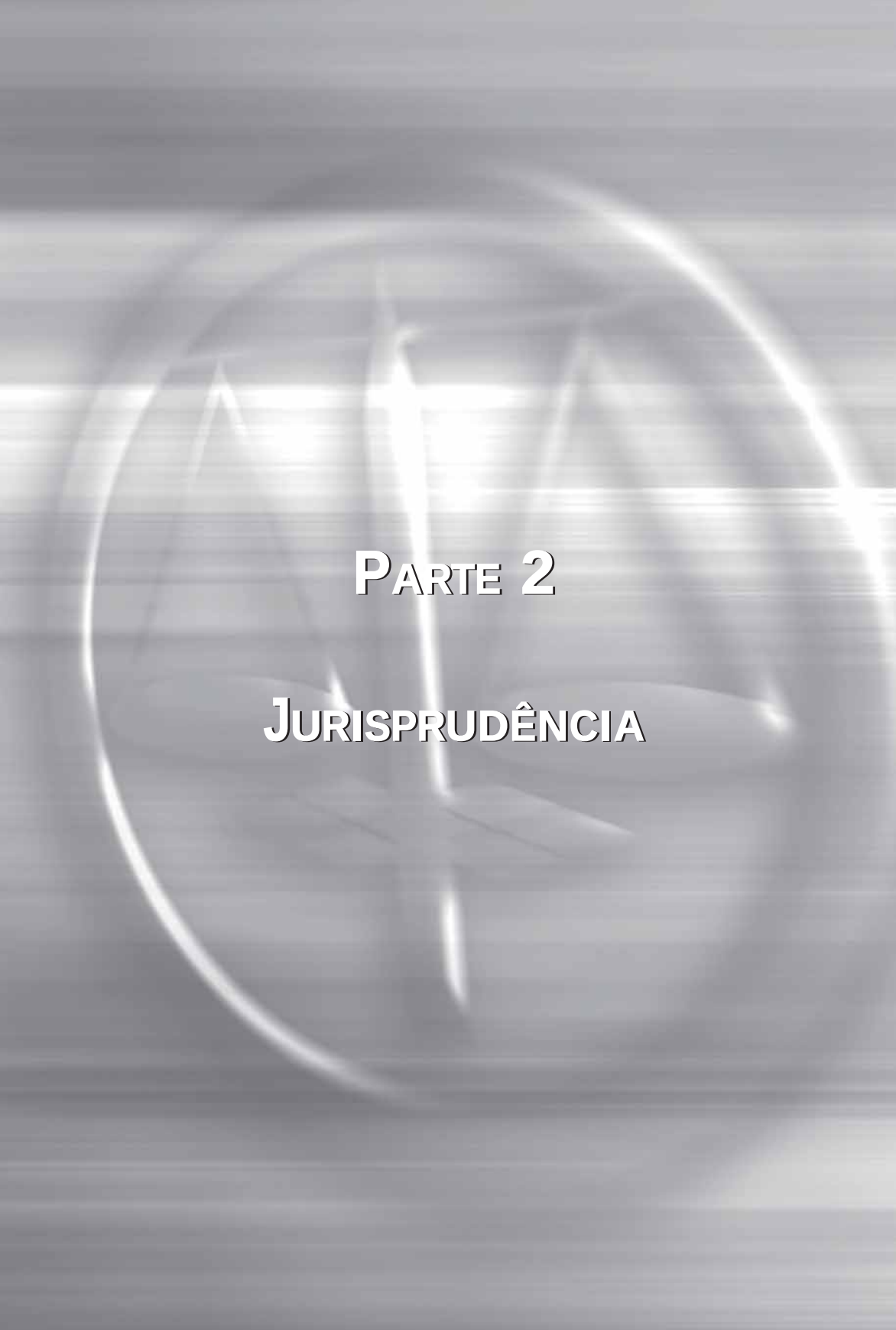
FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, Rachel. **Falência e recuperação da empresa em crise: comparação com as posições do direito europeu**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

NEGRÃO, Ricardo. **Aspectos Objetivos da lei de recuperação de empresas e de falência**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIMENTA, Eduardo Goulart. Recuperação Judicial de Empresas: caracterização, avanços e limites. **Revista Direito GV** 3, v. 2, n. 1, p. 151-156, jan./jun. 2006.

PISANI, Carolina Dorneles. A cobrança tributária em face de empresa em processo de recuperação judicial: uma reflexão à luz de recente julgado do STJ e da edição da lei 13.043/2014. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 123, p. 209-222, jul./ago. 2015.

SZTAJN, Rachel; PITOMBO, Antônio Sérgio A. De Moraes (Coord.). **Comentários à lei de recuperação de empresas e falências: Lei 11.101/2005** – Artigo por Artigo. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.



PARTE 2

JURISPRUDÊNCIA

Superior Tribunal de Justiça

Recurso em Habeas Corpus. Dispensa de licitação fora das hipóteses previstas em lei. Elemento subjetivo especial. Intenção de lesar o patrimônio público. Efetivo prejuízo ao erário. Dolo específico não indicado.¹

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ:

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - SEÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, RONALDO FREITAS RAMOS e RICARDO RABELO MACEDO, ora recorrentes, alegam a ocorrência de coação ilegal, em decorrência de acórdão prolatado pelo **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro** no Habeas Corpus n. 0060669-98.2013.8.19.0000.

Depreende-se dos autos que os recorrentes foram denunciados pela suposta prática do delito previsto no art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993, *c/c* o art. 29, *caput*, do Código Penal. A exordial acusatória foi recebida, em 22/8/2013, pelo Juízo de primeiro grau. Irresignada, a defesa impetrou prévio *mandamus*, cuja ordem o Tribunal de Justiça, por maioria, denegou, havendo o voto vencido consignado que “o parecer exarado pelos pacientes é opinativo e não vincula a autoridade

com competência para praticar o ato decisório” (fl. 47) e, ao cabo, concedido a ordem para trancar a ação penal.

Nesta Corte, os recorrentes alegam a ocorrência de constrangimento ilegal, sob o argumento de que a inicial acusatória é inepta, porquanto o Ministério Público estadual não logrou êxito em descrever o dolo específico, ou seja, a intenção perniciosa de gerar dano ao erário. Aduz que o recebimento da denúncia constitui um atentado à independência e à liberdade profissionais dos advogados públicos. Asserem que a opinião jurídica expressa em parecer não é vinculativa do ato decisório do chefe do poder executivo local, uma vez que não se confunde com o ato da autoridade propriamente dita.

Requerem o trancamento da ação penal movida em seu desfavor.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal pugnou pelo não provimento do recurso.

STJ - RHC 46102 - DJe 10.11.2016.

¹ Disponível em: << http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/RHC46102.pdf >>. Acesso em: 03 nov. 2016.

EMENTA OFICIAL

RECURSO EM HABEAS CORPUS. DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. ELEMENTO SUBJETIVO ESPECIAL. INTENÇÃO DE LESAR O PATRIMÔNIO PÚBLICO. EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO. DOLO ESPECÍFICO NÃO INDICADO. RECURSO PROVIDO.

1. Consoante o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, a partir da APn n. 480, para a imputação do delito previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 é necessária a demonstração do dolo específico de causar dano ao erário e a configuração do efetivo prejuízo ao patrimônio público.

2. Conforme disposto no art. 133 da Carta Magna, “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”, sendo possível sua responsabilização penal apenas se indicadas circunstâncias concretas que o vinculem, subjetivamente, ao propósito delitivo.

3. Na espécie, o Ministério Público estadual, em sua peça acusatória, imputou aos recorrentes a conduta delitiva em análise, alicerçado tão somente no desempenho típico da função pública por eles exercida – ao elaborarem parecer acerca da possibilidade de não realização de processo licitatório – sem demonstrar a vontade de provocar lesão ao erário, tampouco a ocorrência de prejuízo.

4. Recurso provido para reconhecer a atipicidade da conduta perpetrada pelos recorrentes e trancar, *ab initio*, o processo movido contra ambos.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

No caso, o Ministério Público estadual ofereceu denúncia em desfavor dos recorrentes, imputando-lhes a prática do crime previsto no art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993, *c/c* o art. 29, *caput*, do Código Penal. Ao descrever a conduta delitiva, o órgão acusador destacou que:

[...]

No dia 21 de dezembro de 2005, na sede da Prefeitura Municipal, nesta cidade e Comarca de Resende/RJ, **o ora denunciado SÍLVIO COSTA DE CARVALHO, à época Prefeito Municipal de Resende/RJ, de forma consciente e voluntária, previamente ajustado e em unidade de desígnios com os demais denunciados, inexigiu licitação fora das hipóteses previstas em lei, dando ensejo à celebração do contrato administrativo nº 279/2005 com a Sociedade Instituto de Desenvolvimento Gerencial Ltda., através de contratação direta.**

[...]

O denunciado JORGE RICARDO então, agindo de forma manifestamente contrária à Lei de Licitações, elaborou manifestação dirigida à Procuradoria-Geral do Município de Resende,

elencando razões para a contratação direta da empresa Instituto de Desenvolvimento Gerencial Ltda. para a prestação dos aludidos serviços, mediante inexigibilidade de licitação, postulando a implementação desta medida de forma urgente, conforme se depreende dos documentos de páginas 388/390 do arquivo 20563406_1, salvo na mídia acostada à fl. 06 do Procedimento MPRJ n.º 2013.00529657, ora em anexo (correspondentes às fls. 469/471 da numeração originária do procedimento administrativo municipal).

Na sobredita manifestação, o denunciado JORGE RICARDO alegou, em síntese, a urgência na contratação dos serviços pretendidos, a natureza singular e técnica deste objeto, bem como a vantajosidade no valor proposto empresa INDG, requerendo ao final a elaboração de parecer da Procuradoria Geral e da Controladoria Geral do Município para a efetivação da contratação.

Neste compasso, os autos do processo administrativo foram remetidos à Procuradoria Geral do Município de Resende/RJ, ocasião em que **os denunciados RICARDO RABELO MACEDO e RONALDO FREITAS RAMOS, então Procuradores Geral e Adjunto do Município, respectivamente, também agindo dolosa-mente de forma contrária à Lei de Licitações, elaboraram parecer jurídico conjunto favorável à contratação da sociedade INDG mediante inexigibilidade de licitação, ale-**

gando suposta singularidade dos serviços técnicos a se contratar, bem como a notória especialização da pretensa contratada, propondo a aplicação do artigo 25, inciso II, da Lei n.º 8.666/93 (vide parecer jungido às páginas 391/399 do arquivo 20563406_1, salvo na mídia acostada à fl. 06 do Procedimento MPRJ n.º 2013.00529657) (fls. 107-108, destaquei).

A denúncia foi recebida pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Resende – RJ. Irresignada, a defesa impetrou prévio *mandamus*, em que alegava “ausência de justa causa na denúncia, uma vez que a manifestação exarada pelos ora pacientes, se consistiu apenas em mera opinião jurídica, não vinculativa do ato decisório posteriormente proferido pelo chefe do executivo municipal” (fl. 41).

No entanto, o Tribunal de Justiça denegou a ordem, ao asseverar que “o Ministério Público, ao oferecer a denúncia contra todos os envolvidos, se lastreou em documentos e no voto emitido pelo Conselho do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, que é o órgão competente, entre outras funções, para analisar a legalidade das contratações realizadas pelo Poder Executivo que, no caso em tela, julgou ilegal o ato de inexigibilidade de licitação e, por via de consequência, o contrato” (fl. 42).

A Corte de origem considerou que o fato imputado aos recor-

rentes é típico e a exordial acusatória encontra amparo em elementos de prova coligidos aos autos, de maneira que não foi demonstrada a inviabilidade da denúncia, o que impediria o trancamento da ação penal na via estreita do habeas corpus, inadequada para uma incursão aprofundada em fatos e provas.

Nesse sentido, consoante o entendimento deste Tribunal Superior, “O trancamento da ação penal através do habeas corpus – ou do recurso ordinário em habeas corpus – é medida de exceção, a qual somente pode ser provida quando restar demonstrada, de forma inequívoca, a ocorrência de circunstância extintiva da punibilidade, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, e ainda, a atipicidade da conduta” (RHC n. 72.703/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 5/10/2016).

Dos excertos acima colacionados, percebe-se que o *Parquet* atribuiu aos recorrentes a conduta de dispensar a realização de processo licitatório fora das hipóteses previstas na legislação, porquanto Ricardo Rabelo e Ronaldo Freitas, Procurador Geral e Procurador Adjunto do município de Resende, respectivamente, “agindo dolosamente”, teriam elaborado parecer favorável à contratação, mediante inexigibilidade de licitação, da empresa INDG, especializada em prestação de serviços de gestão e implantação de rotinas.

Com efeito, no mencionado parecer, os procuradores salientaram que:

[...] há de fato uma inviabilidade fática e técnica de competição, concorrência, confronto, certame ou disputa, eis que como já dito **o Instituto proponente detém notória especialização na prestação dos serviços almejados pela administração**, consoante informação do ilustre Secretário Municipal de Gestão Estratégica e Planejamento nas fls. 469/471, fato demonstrado pelo currículo de seus técnicos, pelos trabalhos anteriormente desempenhados.

Verifica-se ainda que **o Instituto em questão prestou serviços ao Supremo Tribunal Federal, com fundamento no inciso II do artigo 25 do Estatuto Federal Licitatório**, o que vem demonstrar que a entidade em questão goza de irrefutável conceito nos trabalhos desenvolvidos. Portanto, consoante as razões de fato e de direito acima articuladas, vislumbramos caracterizada a inexigibilidade de licitação, prevista no inciso II do artigo 25 da Lei de Licitações (fl. 122, destaquei).

Assim, observa-se que os recorrentes frisaram a singularidade dos serviços prestados pela empresa contratada, dada a sua notória especialização, o que, segundo eles, poderia ser observado por meio dos currículos de seus técnicos e, ainda, de trabalhos anteriormente realizados, como, por exemplo, serviço prestado ao

Supremo Tribunal Federal, com fulcro também no art. 25, II, da Lei n. 8.666/1993, ou seja, mediante dispensa de licitação.

Na situação em exame, atuaram os recorrentes, Procurador-Geral e Procurador Adjunto do município de Resende, como consultores, após ser-lhes solicitada a elaboração de parecer pela Secretaria Municipal de Gestão Estratégica e Planejamento, de forma que a opinião por eles exarada não vincula o ato decisório do chefe do executivo local de dispensar a realização de processo de licitação pública.

A propósito, trago à baila precedente do Pretório Excelso, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO. AUDITORIA PELO TCU. RESPONSABILIDADE DE PROCURADOR DE AUTARQUIA POR EMISSÃO DE PARECER TÉCNICO-JURÍDICO DE NATUREZA OPINATIVA. SEGURANÇA DEFERIDA. **I. Repercussões da natureza jurídico-administrativa do parecer jurídico: (i) quando a consulta é facultativa, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo;** (ii) quando a consulta é obrigatória, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à

consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer; (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer vinculante, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir.

II. No caso de que cuidam os autos, o parecer emitido pelo impetrante não tinha caráter vinculante. Sua aprovação pelo superior hierárquico não desvirtua sua natureza opinativa, nem o torna parte de ato administrativo posterior do qual possa eventualmente decorrer dano ao erário, mas apenas incorpora sua fundamentação ao ato. III. Controle externo: É lícito concluir que é abusiva a responsabilização do parecerista à luz de uma alargada relação de causalidade entre seu parecer e o ato administrativo do qual tenha resultado dano ao erário. Salvo demonstração de culpa ou erro grosseiro, submetida às instâncias administrativo-disciplinares ou jurisdicionais próprias, não cabe a responsabilização do advogado público pelo conteúdo de seu parecer de natureza meramente opinativa. Mandado de segurança deferido (**MS n. 24631**, Rel. Ministro **Joaquim Barbosa**, Tribunal Pleno, DJe-018 Divulg 31/1/2008 Public 1º/2/2008, destaquei).

Convém acentuar que, conforme disposto no art. 133 da Carta

Magna, “O advogado é indispensável à administração da justiça, **sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão**, nos limites da lei” (destaquei), prerrogativa funcional e institucional que há de ser preservada em nome do escoreito e livre desempenho da profissão.

É bem verdade, contudo, que não se cuida de uma impossibilidade absoluta de responsabilização dos advogados ao manifestarem suas opiniões, visto que [...] **a tão-só figuração de advogado como parecerista nos autos de procedimento de licitação não retira, por si só, da sua atuação a possibilidade da prática de ilícito penal**, porquanto, mesmo que as formalidades legais tenham sido atendidas no seu ato, havendo favorecimento nos meios empregados, é possível o comprometimento ilegal do agir” (HC n. 78.553/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJ 29/10/2007, destaquei).

Assim posta a questão jurídica, observo que não se demonstrou na exordial acusatória de que forma teriam os recorrentes transbordado os limites do exercício legítimo da advocacia, porquanto lhes foi imputada participação meramente objetiva na conduta em análise, dado que foram incumbidos da elaboração de parecer, função que, *per se*, não demonstra a existência de conluio a fim de fraudar certa-me público.

Desse modo, sem maiores detalhes acerca da participação dos recorrentes na empreitada criminosa, vê-se que **o Ministério Público estadual imputou-lhes a conduta delitiva em análise, alicerçado exclusivamente no desempenho da função pública por eles exercida** – elaboração de parecer acerca da possibilidade de não realização de processo licitatório –, **sem indicar a vontade de provocar lesão ao erário, tampouco a ocorrência de prejuízo**.

“Malgrado o *pedido* formulado na denúncia ou queixa ser sempre genérico (pedido de condenação), a causa de pedir, que será o *thema decidendum*, não pode ser genérica, devendo o fato delituoso ser sempre perfeitamente caracterizado. **A exigência de imputação certa e bem delimitada revela-se de grande importância em razão dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, pois é indispensável que o réu saiba de que conduta ou condutas está sendo acusado, a fim de que possa eficazmente se defender**” (NICOLITT, André. *Manual de processo penal*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 250, destaquei).

Nesse sentido, é imperioso consignar que a Corte Especial, na Ação Penal n. 480, por maioria de votos, concluiu que “Os crimes previstos nos artigos 89 da Lei n. 8.666/1993 (dispensa de licitação mediante, no caso concreto,

fracionamento da contratação) e 1º, inciso V, do Decreto-lei n. 201/1967 (pagamento realizado antes da entrega do respectivo serviço pelo particular) **exigem, para que sejam tipificados, a presença do dolo específico de causar dano ao erário e da caracterização do efetivo prejuízo**” (APn n. 480/MG, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Rel. p/ Acórdão Ministro **Cesar Asfor Rocha**, Corte Especial, DJe 15/6/2012).

Não se desconhece que, à época, a insuficiência do dolo genérico para a tipificação do delito previsto no art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993 não se consubstanciava em compreensão unânime, havendo precedentes tanto da 5ª quanto da 6ª Turmas no sentido de dispensar a demonstração do dolo específico.

Todavia, o entendimento hodierno do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de exigir a demonstração do elemento subjetivo especial. Ilustrativamente:

[...]

1. Conforme entendimento firmado por esta Corte, para a configuração do delito previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 **é necessária a presença do elemento subjetivo especial de causar dano ao erário, com a ocorrência do efetivo prejuízo à Administração Pública.**

Questão jurídica já decidida pela Sexta Turma (HC n. 299.209/GO.

2. Ordem não conhecida. Habeas corpus concedido, de ofício, para reconhecer a atipicidade da conduta perpetrada pelo ora paciente e anular, *ab initio*, o processo movido contra ele. Efeitos estendidos aos demais corréus (HC n. 316.953/GO, Rel. Ministro **Rogério Schietti Cruz**, 6ª T., DJe 9/6/2016, destaquei).

[...]

2. Na hipótese dos autos, o órgão acusatório não descreveu de que forma o denunciado concorreu para a empreitada criminosa. Também não demonstrou a maneira pela qual a dispensa da licitação configurou o crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993. **Não ficou nítida na inicial acusatória a intenção dos agentes em lesar os cofres públicos, tampouco a ocorrência de prejuízo. Em outras palavras, não há na inicial ofertada pelo *Parquet* menção à ocorrência de dolo específico ou de dano ao erário.**

3. A jurisprudência desta Corte Superior, firmada a partir do julgamento da APn n. 480/MG, em 29/3/2012, acompanhando o entendimento do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal (Inq n. 2.482/MG, julgado em 15/9/2011), assevera que **a consumação do crime do art. 89 da Lei n. 8.666/1993 exige a demonstração do dolo específico, ou seja, a intenção de causar dano ao erário e a efetiva ocorrência de prejuízo aos cofres públicos. Precedentes.**

4. Agravo regimental improvido (**AgRg no AREsp n. 324.066/MG**, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 27/2/2015, destaquei).

[...]

1. No julgamento da Ação Penal n. 480/MG, consignou-se ser necessário, no que diz respeito ao crime descrito no art. 89, parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993, **que órgão acusador demonstre, desde logo, o dolo específico de causar dano ao erário, bem como efetivo prejuízo causado com a conduta**. Não tendo o Ministério Público se desincumbido de demonstrar referidos elementos, verifica-se que a inicial acusatória se mostra inepta, impossibilitando, assim, o exercício do contraditório e da ampla defesa.

2. Recurso provido, para trançar a Ação Penal n. 0015773-58.2011.8.19.0014, em trâmite perante a 3ª Vara Criminal da Comarca de Campos dos Goyatacazes, apenas com relação ao recorrente JOSÉ GERALDO GOMES MANHÃES, por inépcia da denúncia, sem prejuízo de que nova inicial seja apresentada (**RHC n. 65.254/RJ**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, 5ª T., DJe 10/2/2016, destaquei).

[...]

2. É certo que, para o oferecimento da denúncia, não se exige prova conclusiva acerca da autoria delitiva, mas apenas indícios desta. Entretanto, deve haver lastro probatório mínimo para a instauração da *persecutio criminis in iudicio*

em desfavor do acusado, sob pena de ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

3. No caso, diante do quadro delineado pela instância ordinária, não resta dúvida que a análise da tese de que o recorrido tinha ciência das irregularidades nas licitações, estando configurada a co-autoria delitiva e que, dessa forma, haveria justa causa para a propositura da ação penal, demandaria o reexame de matéria fática, inviável em recurso especial, por força da Súmula 7 desta Corte, mormente considerando que o acusado não integrava o quadro societário da empresa, tendo assinado o contrato na qualidade de mero procurador, nos estritos limites dos poderes a ele outorgados.

4. De notar, ainda, que o Superior Tribunal de Justiça, acompanhando o entendimento do Supremo Tribunal Federal manifestado no julgamento do Inquérito n. 2.482/MG, em 15/09/2011, tem firme o posicionamento de que **a consumação do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 exige a demonstração do dolo específico do agente de causar dano ao erário e a efetiva ocorrência de prejuízo aos cofres públicos. Incidência da Súmula 83 deste Tribunal**.

5. Agravo regimental a que se nega provimento (**AgRg no REsp n. 1430842/PB**, Rel. Ministro **Gurgel de Faria**, 5ª T., DJe 3/8/2015, destaquei).

Na lição de Marçal Justen Filho, acerca do elemento subjetivo

vo do tipo e do eventual dano causado ao patrimônio público, tem-se que:

2.2.2) A existência de dano Não se aperfeiçoa o crime do art. 89 sem dano aos cofres públicos. Ou seja, o crime consiste não apenas na indevida contratação indireta, mas na produção de um resultado final danoso. **Se a contratação direta, ainda que indevidamente adotada, gerou um contrato vantajoso para a Administração, não existirá crime.** Não se pune a mera conduta, ainda que reprovável, de deixar de adotar a licitação. O que se pune é a instrumentalização da contratação direta para gerar lesão patrimonial à Administração. [...]

3.3) O elemento subjetivo Exige-se a presença de um elemento subjetivo específico e diferenciado no tipo do referido art. 89, parágrafo único. Tal como esclarece Guilherme de Souza Nucci, “Esta é a razão pela qual, no parágrafo único deste artigo, inseriu-se que, quanto ao contratado (não-servidor), **deve-se buscar, além do dolo, a específica vontade de se beneficiar da dispensa ou inexigibilidade da licitação, tendo tomado parte na concreti-**

zação da ilegalidade. É lógico que o particular, ao fornecer bens ou serviços à Administração, sem ter tomado parte na ilegalidade cometida pelo servidor, que agiu por interesses escusos quaisquer, **ainda que tenha lucro, não pode ser responsabilizado criminalmente...** Assim, no caso o servidor dispensa a licitação, mas o particular não tome parte em qualquer ato ilegal, que lhe diga respeito, ainda que se beneficie da contratação indevida, é incabível a punição [...] (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 865-869, destaquei).

Dessa feita, não demonstrado na inicial acusatória o dolo específico de causar dano ao erário, é patente a deficiente descrição de todos os elementos necessários à responsabilização penal decorrente de dolosa concorrência para a consumação da ilegalidade do *caput* do art. 89 da Lei n. 8.666/1993.

À vista do exposto **dou provimento** ao recurso para reconhecer a atipicidade da conduta perpetrada pelos recorrentes e trancar, *ab initio*, o processo movido contra ambos.

Tribunal Superior do Trabalho

Recurso ordinário em mandado de segurança. Penhora incidente sobre plano de previdência privada. Ilegalidade. Direito de impenhorabilidade.¹

ACORDÃO SESDI-2 VMF/LVL/PCP/RS

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – PENHORA INCIDENTE SOBRE PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA – ILEGALIDADE - DIREITO DE IMPENHORABILIDADE.

1. Nos termos dos arts. 1º da Lei Complementar 109/2001 e 202, *caput*, da Constituição Federal, o regime de previdência privada tem como objetivo complementar o regime de previdência social prestado pelo Estado, baseado na constituição de capital para a concessão do benefício.

2. Sendo assim, o capital constituído pelo segurado é destinado à sua futura aposentadoria, estando ligado a essa finalidade, não obstante, eventualmente, possa ser objeto de resgate, não havendo, portanto, como confundir ou equiparar os planos de previdência complementar com as aplicações financeiras comuns.

3. Sendo assim, o ato impugnado - ao fazer incidir a penhora

sobre os planos de previdência privada - ofendeu o direito líquido e certo do impetrante, inscrito no art. 649, IV, do CPC, que consagra a impenhorabilidade dos salários e dos proventos de aposentadoria, e que, a partir de uma interpretação sistemática, se estende a plano de previdência privada, verba que também possui nítido caráter alimentar. Incidência da Orientação Jurisprudencial nº 153 da SBDI-2 do TST. Precedentes específicos desta Subseção.

Recurso ordinário conhecido e desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Ordinário nº **TST-RO-7237-58.2014.5.15.0000**, em que é Recorrente **GELSON JORGE DE SANTANA** e são Recorridos **JOAO MARCOS POZZETTI e SKYMASTER AIRLINES LTDA.** e Autoridade Coatora **JUIZ TITULAR DA 11ª VARA DO TRABALHO DE CAMPINAS**.

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por JOAO MARCOS

¹ Disponível em: <<<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=rtf&numeroFormatado=RO%20-%207237-58.2014.5.15.0000&base=acordao&numProcInt=96377&anoProcInt=2016&dataPublicacao=12/08/2016%2007:00:00&query=>>>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

POZZETTI (fls. 6-14) contra a decisão judicial proferida pelo juízo da 11ª Vara do Trabalho de Campinas-SP, nos autos da ação trabalhista nº 134800-77.2007.5.15.0130, proposta por Gelson Jorge de Santana em face de Skymaster Airlines Ltda e Outros, que determinou o bloqueio de recursos financeiros existentes em plano de previdência privada do executado (fls. 33).

O 15º Tribunal Regional do Trabalho, por meio acórdão a fls. 131-136, complementado a fls. 157-160, concedeu a segurança pretendida, asseverando que o bloqueio e a penhora de numeração do impetrante afigura-se abusivo e ilegal.

Inconformado, o litisconsorte, exequente na ação originária, interpõe o presente recurso ordinário, pretendendo a reforma da decisão recorrida, sustentando que, ao contrário do entendimento esposado no acórdão recorrido, não se trata de proventos de aposentadoria porque o impetrante sequer é aposentado.

Salienta que o plano de previdência privada é programa de investimento que permite a acumulação de recursos, os quais podem ser resgatados na forma de renda mensal ou pagamento único, não estando protegido pelo instituto da impenhorabilidade, porquanto não se trata de proventos nos termos do inciso IV do art. 645 do CPC.

O recurso foi admitido por meio da decisão singular a fls. 182, merecendo contrariedade a fls. 193-199.

O Ministério Público do Trabalho, em parecer a fls. 206-208, opina pelo conhecimento e não provimento do recurso.

É o relatório.

Processo nº. TST - RO 7237-58-2014.5.15.0000 - DJE 12.08.2016.

VOTO

1. Conhecimento

1.1. Preliminar de ausência de fundamentação do recurso ordinário do autor suscitada em contrarrazões

Alega o impetrante, em contrarrazões a fls. 195, que o recurso ordinário do litisconsorte encontra-se desfundamentado por não atacar o cerne da decisão, faltando-lhe, pois, pressuposto subjetivo a ensejar o seu não conhecimento.

Ressalte-se, por primeiro, que o processo do trabalho não está sujeito a formalismos excessivos. Na Justiça do Trabalho vigora o postulado da informalidade, tão caro ao direito do trabalho, em que se assegura, inclusive, o *jus postulandi*.

Logo, verifica-se que o recurso ordinário interposto pelo litisconsorte encontra-se fundamentado, uma vez que interposto em consonância com o determinado pelo sistema processual vigente.

Sendo assim, rejeito a preliminar de ausência de fundamentação do recurso ordinário do litisconsorte.

Desse modo, presentes os pressupostos recursais concernentes à tempestividade e à representação

processual, conheço do recurso.

2. Mérito

2.1. Mandado de segurança - penhora incidente sobre plano de previdência privada - direito de impenhorabilidade

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por JOAO MARCOS POZZETTI (fls. 6-14) contra a decisão judicial proferida pelo juízo da 11ª Vara do Trabalho de Campinas-SP, nos autos da ação trabalhista nº 134800-77.2007.5.15.0130, proposta por Gelson Jorge de Santana em face de Skymaster Airlines Ltda e Outros, que determinou o bloqueio de recursos financeiros existentes em plano de previdência privada do executado (fls. 33).

O 15º Tribunal Regional do Trabalho concedeu a segurança pretendida, asseverando que o bloqueio e a penhora de numerário do impetrante afigura-se abusivo e ilegal, assim consagrando seus fundamentos, fls. 132-133:

Voto

O cabimento da presente ação mandamental já foi apreciada por ocasião da análise do pedido liminar, constatando-se que não há, nesta Justiça Especializada, recurso eficaz para proteção de direito líquido e certo à impenhorabilidade das verbas de natureza alimentar.

No tocante ao mérito, verifica-se que o impetrante comprovou, através dos documentos (ID 4850a2a, 38be0ad, f11997b), que recebe proven-

tos da previdência privada que possui junto ao Bradesco Seguros S.A. e ZURICH SANTANDER BRASIL SEGUROS, sobre o qual a autoridade dita coatora determinou a penhora de valores para pagamento do crédito exequendo.

O inciso IV, do artigo 649, do Código de Processo Civil, assim dispõe:

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis: IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões... (grifo).

Referido dispositivo constitui, portanto, uma das proteções jurídicas do salário, absolutamente relevante na ordem jurídica nacional, haja vista ser expresso no sentido de que o salário é totalmente impenhorável, salvo para pagamento de prestação alimentícia (§ 2º do artigo 649 do CPC).

No tocante à exceção acima, não há que se confundir verbas trabalhistas, de natureza propriamente alimentar, com a prestação alimentícia prescrita, haja vista originar-se esta de uma relação estrita de parentesco entre as partes.

A distinção supra aventada passa pela exegese das disposições legais no art. 1.694 e seguintes do Novo Código Civil, cabendo destacar, a fim de sustentar ainda mais a concepção de distinção entre os institutos jurídicos, que as obrigações alimentícias são devidas quando quem as pretende não possui bens suficientes para se sustentar; são valores fixados na proporção da

possibilidade de quem paga e da necessidade de quem as pretende; e tal crédito denota-se insuscetível de cessão, compensação e penhora; dentre outras peculiaridades.

Nesse diapasão, fixada a imprescindível distinção entre as verbas supracitadas, depreende-se que a decisão que determinou a penhora de parte dos valores recebidos da previdência a título de aposentadoria não merece prosperar, pois se trata de ato que refoge dos lindes legais, conforme preceito vigente no art. 649, IV, do CPC.

Dessa forma, recaiando a ordem judicial da autoridade dita coatora sobre verbas absolutamente impenhoráveis não pairam dúvidas que o ato coator desbordou os limites impostos pela lei, promovendo execução obstada textualmente pelo ordenamento jurídico, a teor da OJ n. 153 da SDI-2:

153. MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO. ORDEM DE PENHORA SOBRE VALORES EXISTENTES EM CONTA SALÁRIO. ART. 649, IV, DO CPC. ILEGALIDADE. Ofende direito líquido e certo decisão que determina o bloqueio de numerário existente em conta salário, para satisfação de crédito trabalhista, ainda que seja limitado a determinado percentual dos valores recebidos ou a valor revertido para fundo de aplicação ou poupança, visto que o art. 649, IV, do CPC contém norma imperativa que não admite interpretação am-

pliativa, sendo a exceção prevista no art. 649, § 2º, do CPC espécie e não gênero de crédito de natureza alimentícia, não englobando o crédito trabalhista.

Assim, restam presentes os requisitos legais subjetivos e objetivos na ação mandamental ora analisada, especificamente o ***periculum in mora*** e o ***fumus boni iuris***, competindo a esta Relatora, tão somente, tornar definitiva a liminar concedida.

Do exame dos autos, infere-se que razão não assiste ao recorrente ao pretender a reforma da decisão recorrida.

Registre-se, de início, ser cabível a ação mandamental, na espécie, como o único remédio processual apto a impedir, eficaz e prontamente, a consumação da ilegalidade ou abusividade da ordem de apreensão sobre o bem da vida impenhorável da impetrante, conforme se verá adiante. Por essa razão, passa-se à análise da matéria debatida no presente mandado de segurança.

No presente caso, conforme se vê dos documentos colacionados, foi determinado o bloqueio dos planos de aposentadoria privado que o impetrante possuiu junto às instituições Bradesco Seguros S.A. e Zurich Santander Brasil Seguros.

Ora, nos termos do art. 1º da Lei Complementar 109/2001, “O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previ-

dência social, é facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício, nos termos do *caput* do art. 202 da Constituição Federal, observado o disposto nesta Lei Complementar”.

O art. 202, *caput*, da Constituição Federal, por sua vez, estabelece que “O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar”.

Desse modo, nos termos dos artigos transcritos, o regime de previdência privada tem como objetivo complementar o regime de previdência social prestado pelo Estado, baseado na constituição de capital para a concessão do benefício.

Sendo assim, o capital constituído pelo segurado é destinado à sua futura aposentadoria, estando ligado a essa finalidade, não obstante, eventualmente, possa ser objeto de resgate, não havendo, portanto, como confundir ou equiparar os planos de previdência complementar com as aplicações financeiras comuns.

Assim, a decisão recorrida que concedeu a segurança e determinou a desconstituição da penhora incidente sobre os valores existentes em planos de previdência privada do executado, amparando-se na tese da impenhorabilidade, encerra posicionamento jurisprudencial em consonância

com a Orientação Jurisprudencial nº 153 da Subseção II da Seção Especializada em Dissídios Individuais, que reconhece a ofensa a direito líquido e certo quando há o bloqueio de numerário existente em conta para satisfação de crédito trabalhista, ainda que seja limitado a determinado percentual dos valores recebidos, ou a valor revertido para fundo de aplicação ou poupança.

Portanto, não merece ser provido o recurso ordinário, pois o ato impugnado - ao fazer incidir a penhora sobre os planos de previdência privada - ofendeu o direito líquido e certo do impetrante, inscrito no art. 649, IV, do CPC, que consagra a impenhorabilidade dos salários e dos proventos de aposentadoria, e que, a partir de uma interpretação sistemática, se estende a plano de previdência privada, verba que também possui nítido caráter alimentar.

O posicionamento adotado pelo Tribunal *a quo* encontra-se consonante com a jurisprudência desta Corte, como se observa dos seguintes precedentes da Subseção 2 da Seção Especializada em Dissídios Individuais do TST, *verbis*:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO COATOR QUE DETERMINOU A PENHORA DA APOSENTADORIA COMPLEMENTAR DA SÓCIA EXECUTADA. ILEGALIDADE. 1 - Plano de previdência privada equiparase a proventos de aposentadoria e seguro de vida para fins

de impenhorabilidade absoluta, tendo em vista ostentar nítido caráter alimentar e em decorrência de interpretação sistemática do art. 649 do CPC. 2 - Hipótese em que se constata ofensa a direito líquido e certo da impetrante, que sofreu constrição em sua aposentadoria complementar por determinação judicial, razão pela qual deve ser concedida a segurança. 3 - Precedentes. Recurso ordinário conhecido e provido. (RO-10687-96.2014.5.01.0000, Rel. Min. Delaíde Miranda Arantes, DEJT de 4/3/2016)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PENHORA INCIDENTE SOBRE PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. ILEGALIDADE. A equiparação de planos de previdência privada, para fins de impenhorabilidade absoluta, com proventos de aposentadoria/salários (art. 649, IV, CPC; OJ nº 153/SBDI-2) e seguro de vida (art. 649, VI, CPC) está de acordo com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88), já que os valores destinados a tais planos possuem o caráter de subsistência do beneficiário ou de seus dependentes, ainda que no futuro. Portanto, o impetrante tem, efetivamente, o direito líquido e certo de não ser penhorado o valor depositado em plano de previdência privada, mesmo em se tratando de execução trabalhista, razão pela qual deve ser reformado o acórdão recorrido que denegou a segurança para manter o bloqueio. Preceden-

te da SBDI-2. Recurso ordinário conhecido e provido. (RO-7178-70.2014.5.15.0000, Rel. Min. Maria Helena Mallmann, DEJT de 19/2/2016)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PENHORA DE PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. ILEGALIDADE. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DO ART. 649 DO CPC. CARÁTER ALIMENTAR. 1. Nos termos do art. 649, IV, do CPC, são absolutamente impenhoráveis -os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal-, salvo para pagamento de prestação alimentícia (§ 2º). 2. Por sua vez, a teor do inciso VI do mesmo dispositivo, tem-se por protegido da penhora o seguro de vida. 3. Constatada a compatibilidade da norma processual comum com os princípios que orientam o Processo do Trabalho (tanto que editada a Orientação Jurisprudencial nº 153 da SBDI-2 do TST), impõe-se a aplicação subsidiária da norma sob foco. 4. O legislador, ao instituir e delimitar a impenhorabilidade absoluta, enaltece a proteção ao ser humano, seja em atenção à sobrevivência digna e com saúde do devedor e de sua família, seja sob o foco da segurança e da liberdade no conviver social dos homens (CF, arts. 5º, -caput-, e 6º). 5. Por outro lado,

o regime de previdência privada visa a complementar a ação do Estado em matéria previdenciária, lastreando-se na constituição de capital para a concessão dos benefícios. Em tal senda, quando alguém realiza investimentos para o futuro, através de plano de previdência, está, em verdade, pretendendo benefício previdenciário e não mera aplicação financeira. 6. O ordenamento jurídico já se havia apegado à alusão aos institutos de previdência, como aludia a versão primeva do preceito em destaque. 7. De toda sorte, se o Código de Processo Civil assegura proteção ao salário e aos proventos de aposentadoria (art. 649, IV), bem como ao seguro de vida (art. 649, VI), com razão a extensão da impenhorabilidade a plano de previdência privada, valor ao qual também se pode atribuir caráter alimentar. 8. Assim, partindo de interpretação sistemática do art. 649 do CPC, não se autoriza a penhora de plano de previdência privada. Recurso ordinário conhecido e provido. (RO-1300-98.2012.5.02.0000, Rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, DEJT de 11/10/2013)

Por fim, não se cogita a ocorrência de litigância de má-fé, conforme sustentado em contrarrazões pelo impetrante, uma vez que o litisconsorte tão somente exerceu o direito de defesa, assegurado pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, e o direito de se insurgir contra decisão que lhe foi desfavorável dentro do que lhe permite o sistema recursal, razão pela qual não restou configurada nenhuma das hipóteses previstas no art. 17 do CPC.

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso.

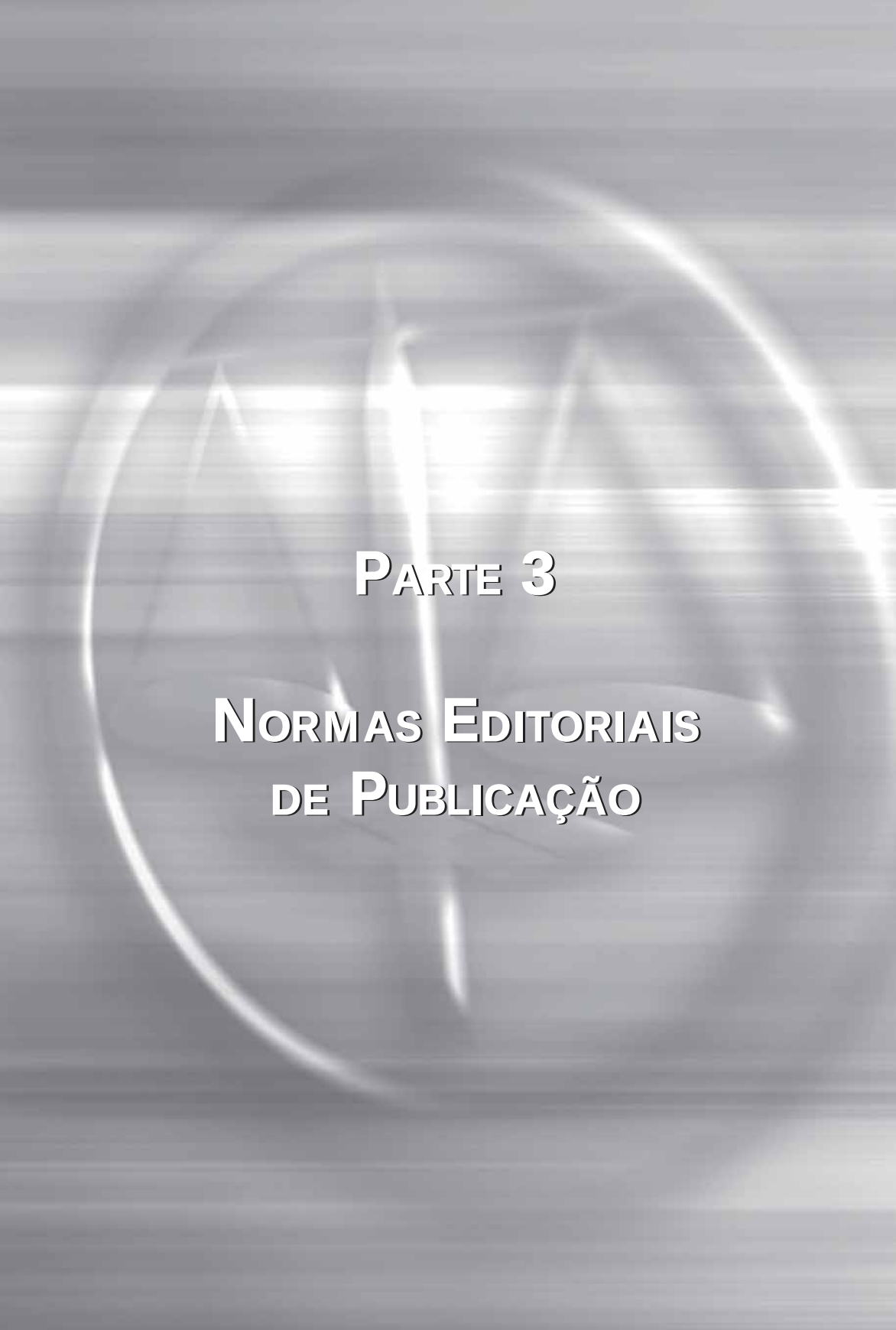
ISTO POSTO

ACORDAM os Ministros da Subseção II Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, por unanimidade, conhecer do recurso ordinário e, no mérito, negar-lhe provimento.

Brasília, 9 de Agosto de 2016.

Firmado por assinatura digital (MP 2.200-2/2001).

Ministro Vieira de Mello Filho, Relator.



PARTE 3

NORMAS EDITORIAIS DE PUBLICAÇÃO

Normas Editoriais de Publicação

I - INFORMAÇÕES GERAIS

A Revista de Direito da ADVOCEF é uma publicação científica periódica da Associação Nacional dos Advogados da Caixa Econômica Federal. Publica artigos originais referentes à atuação profissional do advogado, à pesquisa, ao ensino ou à reflexão crítica sobre a produção de conhecimento na área do Direito.

Sua missão principal é contribuir para a formação profissional e acadêmica do advogado da Caixa e demais Operadores do Direito, bem como socializar o conhecimento técnico e científico produzido por aqueles que pesquisam e/ou atuam em todos os campos do conhecimento jurídico.

II – LINHA EDITORIAL

Os textos remetidos para publicação devem ser preferencialmente inéditos e abranger assuntos pertinentes ao Direito. Os trabalhos serão avaliados por um Conselho Editorial, sem a identificação dos autores e instituições (*blind review system*), o qual decidirá pela publicação do material enviado com base em critérios científicos, interesse institucional ou técnico e, ainda, atualidade de seu conteúdo.

Eventual adequação do conteúdo ao formato eletrônico poderá ser proposta, sem prejuízo da informação. Pequenas modificações no texto poderão ser feitas pelo Conselho Editorial, mas as modificações substanciais serão solicitadas aos autores. Será permitida a reprodução parcial dos artigos, desde que citada a fonte.

Ao remeter o texto para publicação, o Autor cede à ADVOCEF o direito de fazer uso do material enviado na Revista de Direito, no encarte “Juris Tantum” do Boletim Informativo Mensal e/ou em seu *site* na internet, a critério da associação.

A publicação em qualquer veículo de comunicação da ADVOCEF não é remunerada e o conteúdo é de responsabilidade do autor. Os originais, publicados ou não, não serão devolvidos.

III – TIPOS DE TEXTO

1. Artigos doutrinários – análise de temas e questões fundamentadas teoricamente, levando ao questionamento de modos de pensar e atuar existentes e a novas elaborações na área jurídica;

2. Relatos de experiência profissional e estudos de caso – relatos de experiência profissional ou estudos de caso de interesse para as diferentes áreas de atuação do advogado;

3. Comunicações – relatos breves de pesquisas ou trabalhos apresentados em reuniões científicas/eventos culturais;

IV - APRESENTAÇÃO DOS TRABALHOS

O texto, de até 30 laudas, deve ser enviado por e-mail à ADVOCEF, no formato Word, redigido em fonte Times New Roman, tamanho 12, com espaçamento entre linhas de 1,5 cm e margens de 2 cm (eventualmente, o conselho editorial poderá aprovar textos acima de 30 laudas, caso entenda ser de interesse da Revista a publicação na íntegra do material enviado).

O autor deve ainda enviar à ADVOCEF, por correio ou malote, devidamente preenchido e assinado, um termo de cessão de direitos autorais, elaborado a partir de formulário padrão disponibilizado em <http://www.advocef.org.br/_arquivos/40_1047_termocessao.doc>.

O arquivo do trabalho deve conter:

1. Folha de rosto com o nome do(s) autor(es) e: a) título em português; b) nome de cada autor, seguido da afiliação institucional e titulação acadêmica; c) endereço eletrônico para envio de correspondência.

2. Resumo em português – com no máximo 150 palavras e acompanhado de quatro palavras-chave. Palavras-chave são vocábulos representativos do conteúdo do documento que devem ser separados entre si por ponto e finalizados também por ponto.

2.1 Sumário indicando as principais partes ou seções do artigo.

2.2 Resumo bilíngue – Título, resumo e palavras-chave devem ser traduzidos para outro idioma, acompanhando os originais em português.

3. Notas de rodapé – As notas não bibliográficas devem ser reduzidas a um mínimo, ordenadas por algarismos arábicos e colocadas no rodapé da página, não podendo ser muito extensas.

4. As citações de autores devem ser feitas da seguinte forma:

a) Por meio do último sobrenome do autor, com apenas a primeira letra maiúscula, seguido, entre parênteses, do ano de publicação do trabalho e, para citações diretas, do número da página.

Quando o sobrenome do autor vier entre parênteses, deve ser escrito todo em letra maiúscula.

b) As obras e fontes citadas devem constar, obrigatoriamente, nas referências.

c) As citações diretas com mais de três linhas são consideradas citações longas e são transcritas em parágrafo distinto, começando a 4 cm da margem esquerda, sem deslocamento da primeira linha. O texto é apresentado sem aspas e transcrito com espaçamento entre linhas simples e fonte tamanho 10, devendo ser deixada uma linha em branco entre a citação e os parágrafos anterior e posterior.

5. Referências – Deve-se utilizar a norma ABNT 6023. Exemplos:

a) Livros: DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

b) Capítulo de livro: Autor(es) (ponto). Título do capítulo (ponto). *In*: referência completa do livro seguida pela paginação inicial e final do capítulo (p. XX-XX) ou pelo número dele (cap. X).

Exemplo: VELOSO, Zeno. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. *In*: NOVELINO, Marcelo (Org.). **Leituras complementares de Direito Constitucional**: controle de constitucionalidade. Bahia: JusPodivm, 2007. cap. 7.

c) Artigo em periódico científico: Autor (ponto). Título do artigo (ponto). Nome da revista ou periódico em negrito (vírgula), local de publicação (vírgula), volume e/ou ano (vírgula), fascículo ou número (vírgula), paginação inicial e final (vírgula), data ou intervalo de publicação (ponto).

Exemplo: DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Os povos indígenas brasileiros e os direitos de propriedade intelectual. **Hiléia**: Revista de Direito Ambiental da Amazônia, Manaus, v. 1, 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.**

